

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

**Os Problemas sobre a Admissibilidade Constitucional da
Arbitragem Necessária**



Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Mafalda Sofia Contente Fernandes

2019

Agradecimentos

Agradeço a todos os que me apoiaram no processo que conduziu à elaboração da presente dissertação de Mestrado, em especial, aos meus pais, aos meus avós, à Cristina, à Carmem, ao Fernando e a todos os meus amigos pela força e motivação que me concederam.

Quero expressar o meu agradecimento ao Professor Doutor Blanco de Moraes pela disponibilidade demonstrada para qualquer questão e pela sua cortesia ao ter aceitado a orientação do presente trabalho.

Abreviaturas

AR	Assembleia da República
CAD	Conselho de Arbitragem Desportiva
CC	Código Civil
CGVEEAT	Condições Gerais de Venda de Energia Eléctrica em Alta Tensão
COP	Comité Olímpico de Portugal
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR	Diário da República
EDP	Electricidade de Portugal - Empresa Pública
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
INFARMED	INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I.P.
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LOSJ	Lei de Organização do Sistema Judiciário
LTAD	Lei do Tribunal Arbitral do Desporto
PR	Presidente da República
RCP	Regulamento das Custas Processuais
RJMUH	Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TAD	Tribunal Arbitral do Desporto
TC	Tribunal Constitucional
TPI	Tribunal da Propriedade Intelectual

Todos os artigos citados sem menção do diploma a que pertencem são da Constituição da República Portuguesa.

Resumo

O presente trabalho ocupa-se da figura da arbitragem necessária, a qual se afasta da figura tradicional de arbitragem, a arbitragem voluntária, pela sua origem. Enquanto a arbitragem voluntária tem a sua origem numa convenção celebrada entre as partes através da qual as mesmas optam por submeter um determinado litígio à decisão de árbitros, a arbitragem necessária é um modo de resolução de conflitos imposto pelo legislador aos litigantes, impedindo-os de aceder à jurisdição estadual e à jurisdição arbitral voluntária.

Com a origem numa imposição legal, dúvidas se colocam quanto à qualificação da arbitragem necessária como verdadeira arbitragem e quanto à sua conformidade constitucional.

Por não advir da vontade das partes o recurso aos tribunais arbitrais para a resolução do conflito, por um lado, há quem a repute como uma «*arbitragem aparente*» ou uma «*figura híbrida*», por outro, existe quem julgue suficiente a existência da possibilidade de os litigantes designarem os árbitros para ainda se estar perante um elemento de autonomia privada e, consequentemente, uma verdadeira arbitragem.

As dificuldades sobre a conformidade constitucional da arbitragem necessária prendem-se com o respeito pelo direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, e pelo princípio da igualdade.

Por consubstanciar uma restrição à autonomia privada das partes na escolha da jurisdição que irá julgar a causa, redundando numa discriminação dessas partes face a todos os litigantes que podem escolher entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral voluntária.

A violação do direito de acesso aos tribunais e da tutela jurisdicional efetiva tem-se verificado em aspetos como a proibição da indefesa, a razoabilidade dos prazos processuais, a impossibilidade ou a limitação da possibilidade de recurso das decisões arbitrais para um tribunal estadual, e o estatuto dos árbitros.

Assim, na arbitragem necessária, são exigidas acrescidas garantias processuais, orgânicas e estatutárias.

Palavras-chave: Arbitragem Necessária, Constitucionalidade, Acesso aos Tribunais, Tutela Jurisdicional Efetiva, Igualdade.

Abstract

This work deals with the necessary arbitration figure, which departs from the arbitration traditional figure, voluntary arbitration, by its origin. While voluntary arbitration has its origin in an agreement between the parties through which they choose to submit a particular dispute to the decision of arbitrators, the necessary arbitration is a way of resolving conflicts imposed by the legislator to the litigants, preventing them from accessing state jurisdiction and voluntary arbitration.

With the origin of a legal imposition, doubts arise as to the qualification of the necessary arbitration as real arbitration and as to its constitutional conformity.

Because it does not come from the will of the parties to resort to the arbitral tribunals for the resolution of the conflict, on the one hand, some consider it an "*apparent arbitration*" or a "*hybrid figure*", on the other, some consider enough the existence of the possibility for the litigants to appoint the arbitrators to still be faced with a private autonomy element and, consequently, a real arbitration.

The difficulties about the necessary arbitration's constitutional conformity is relate to the respect for the right of access to the courts and effective judicial protection and the equality principle.

Because it constitutes a restriction on the private autonomy of the parties in the choice of the court that will adjudicate the case, it results in a discrimination of those parties with respect to all the litigants that may choose between state jurisdiction and voluntary arbitration.

Violations of the right of access to the courts and effective judicial protection occurred in aspects such as the prohibition of defenselessness, the reasonableness of procedural time limits, the impossibility or limitation of the possibility of appealing the arbitral decisions to a state court, and arbitrators' statute.

In the necessary arbitration, are required plus guarantees procedural, organic and statutory.

Keywords: Necessary Arbitration, Constitutionality, Access to Courts, Effective Judicial Protection, Equality.

Introdução

Será a arbitragem necessária verdadeira arbitragem? Será admitida constitucionalmente? Será que a origem da arbitragem necessária numa determinação legal que impõe a submissão da resolução de certo tipo de litígio à arbitragem, vedando o acesso à arbitragem voluntária e à jurisdição estadual, pelo menos em primeira instância, leva à sua inconstitucionalidade por violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva e do princípio da igualdade?

Na arbitragem voluntária tal questão não se coloca, pois a mesma é fundada na autonomia privada, isto é, na vontade das partes em celebrar uma convenção de arbitragem através da qual atribuem poderes a uma ou mais pessoas, particulares, para julgarem o litígio.

Tendo as partes liberdade de escolha sobre a jurisdição que irá proceder ao julgamento do diferendo, a sua legitimidade está alicerçada no princípio da autonomia privada previsto no artigo 405.º, do CC, como corolário do princípio do Estado de direito democrático previsto no artigo 2.º, da CRP. Acresce, ainda, a legitimidade constitucional conferida aos tribunais arbitrais através do n.º 2, do artigo 209.º, da CRP.

A arbitragem necessária distingue-se por não existir esta liberdade de escolha da jurisdição, bem pelo contrário, a resolução de determinado litígio através da arbitragem é imposta às partes por disposição legal. Sem a existência desse elemento convencional na sua origem, há que apurar se a arbitragem necessária é verdadeira arbitragem e sobre a sua conformidade constitucional: se o impedimento das partes acederem aos tribunais estaduais, pelo menos em primeira instância, consubstancia uma violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 20.º, da CRP, e uma violação do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, da CRP, por colocar as partes forçadas à arbitragem para a resolução de certo conflito numa posição de desigualdade face aos restantes, os quais podem optar entre a jurisdição estadual ou a jurisdição arbitral voluntária.

A conformidade constitucional da arbitragem necessária tem sido uma questão levantada fundamentalmente no âmbito da arbitragem necessária do regime para a

composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos criada pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, na sua versão originária, do regime do TAD previsto pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, e também do artigo 49.º das CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43395, de 19.11.1960.

E não passou despercebida a autores como Gomes Canotilho e Paulo Otero ao pronunciarem-se sobre a arbitragem necessária em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos instituída pela Lei n.º 62/2011, na sua versão originária. Ou Rui Medeiros, com maior enfoque sobre a arbitragem necessária no regime do TAD. Também a jurisprudência nacional, nomeadamente o Tribunal Constitucional, se tem pronunciado sobre esta questão.

Deve, então, a questão ser respondida. Assim o exige a antiguidade da arbitragem no nosso ordenamento jurídico, quer na modalidade voluntária, quer na modalidade necessária, e o novo fôlego ganho pelos meios de resolução alternativa de litígios perante uma *«justiça pública ineficiente e inacessível»*, passando os meios alternativos de resolução a *«meios necessários e inevitáveis»*¹ graças às vantagens que oferecem: celeridade na obtenção de respostas às necessidades dos cidadãos, simplificação processual, confidencialidade em contraposição com a publicidade da justiça estadual e a especialização obtida através da nomeação de árbitros com conhecimentos justados à técnica do litígio.

Para obter uma resposta, debruçar-nos-emos sobre dois pontos fulcrais: as posições tomadas pela doutrina e jurisprudência sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade constitucional da arbitragem necessária, e a conformidade constitucional de aspetos específicos de determinados regimes legais de arbitragem

¹ Paula Costa Silva, *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009, págs. 35-36. Para a Autora, o termo “alternativa” não faz sentido. Em primeiro lugar, apesar dessa relação de alternatividade existir no exercício de ação através de tribunais arbitrais ou de tribunais judiciais, não existe entre a mediação e conciliação, por um lado, e os tribunais arbitrais ou judiciais, pelo outro. Neste último caso, existe apenas uma relação de adequação, em que a mediação e a conciliação serão meios legítimos de resolução de conflitos se forem meios adequados para a resolução desses conflitos. Em segundo lugar, mesmo que se admita a existência de alternatividade entre os meios de resolução, essa alternatividade pressupõe livre escolha pelas partes que só haverá se todos os meios *«forem funcionalmente equivalentes»*.

necessária, mormente, com o direito de acesso aos tribunais e a tutela jurisdicional efetiva e com o princípio da igualdade.

Eis, então, os aspetos que iremos abordar:

1) Breves notas sobre a arbitragem, as suas modalidades, a qualificação da arbitragem necessária como verdadeira arbitragem, e o seu enquadramento constitucional e legal;

2) Posições sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade constitucional da arbitragem necessária;

3) Inclusão das regras sobre organização e competência dos tribunais arbitrais e do ato de criação de um tribunal arbitral em específico na reserva relativa de competência legislativa da AR;

4) Aspetos específicos de determinados regimes legais de arbitragem necessária que poderão ser constitucionalmente desconformes:

Em primeiro lugar, aspetos referentes ao regime instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que criou o regime de composição dos litígios de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, na sua redação inicial, uma vez que, com a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, foi revogado o regime de arbitragem necessária constante na versão originária do diploma para instituir um regime com opção entre o recurso à arbitragem voluntária ou ao TPI: a proibição da indefesa, a exiguidade do prazo para e o efeito decorrente do incumprimento do prazo.

Em segundo lugar, aspetos referentes ao regime legal que criou o TAD e aprovou a respetiva lei, mais concretamente, quanto à possibilidade de recurso da decisão arbitral para um tribunal estadual, à forma de designação dos árbitros e à qualificação dos mesmos.

Em último lugar, o artigo 49.º, das CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43395, de 19 de novembro de 1960, quanto à forma de designação dos árbitros.

- 5) Conformidade da arbitragem necessária com o princípio da igualdade.

1. Arbitragem

A arbitragem, a conciliação, a mediação, a negociação e os julgados de paz, apresentam-se como meios de resolução alternativa de litígios, «*tradução livre da designação inglesa “alternative dispute resolution”*», e consubstanciam um «*conjunto de procedimentos de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais*». Uma definição intencionalmente vaga com vista a incluir «*todos os meios de resolução de conflitos que sejam diferentes da decisão por julgamento em tribunal estadual*», uma vez que o elenco de meios alternativos não é definitivo².

A arbitragem é um modo de resolução jurisdicional de litígios³ e a designação como meio alternativo surge por referência aos tribunais estaduais.

Para a definição de arbitragem, vários autores dão o seu contributo. Na doutrina nacional, Dário Moura Vicente considera que «*A arbitragem privada é um modo de resolução de litígios entre particulares (ou entre particulares e entes públicos, quando esses litígios emergem de relações jurídicas em que tais entes intervenham despidos de prerrogativas de autoridade), que se caracteriza pela subtracção aos tribunais integrados na organização judiciária do Estado da competência para julgarem um diferendo actual ou eventual, e pela sua atribuição a uma ou mais pessoas designadas para o efeito, a cujas decisões pode ser conferida a mesma eficácia que possuem as sentenças judiciais*»⁴.

Para Manuel Pereira Barrocas, a arbitragem é «*um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes*»⁵.

² Marina França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2019, págs. 17-18.

³ Paulo Castro Rangel, *Arbitragem e Constituição: Um Novo Lugar e Um Novo Fundamento*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 645.

⁴ Dário Moura Vicente, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Lisboa, Coimbra Editora, 1990, pág. 27.

⁵ Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem – LAV de 2011 Revista e Atualizada*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 33.

E Francisco Cortez define arbitragem como «*uma forma de administração da justiça em que o litígio é submetido, por convenção das partes ou por determinação imperativa da lei, ao julgamento de particulares, os árbitros, numa decisão a que a lei reconhece o efeito de caso julgado e força executiva iguais aos da sentença de um qualquer tribunal estadual, a quem é retirada, por sua vez, a competência para julgar tal litígio*»⁶.

A nível internacional, Jean Robert define arbitragem como «*l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger*»⁷. Para René David, «*l'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'État*»⁸.

Em conclusão, a arbitragem é um modo de resolução jurisdicional de litígios em que, por convenção das partes ou por determinação legal, a resolução do litígio é subtraída à competência dos tribunais estaduais e os poderes decisórios são atribuídos a particulares designados pelas partes, sendo conferida à decisão arbitral a mesma eficácia de uma sentença proferida por um tribunal estadual, força de caso julgado e força executiva.

⁶ Francisco Cortez, *A Arbitragem Voluntária Em Portugal – Dos «ricos homens» aos tribunais privados*, in O Direito, Ano 124.º, III (julho-setembro), Lisboa, Editora Internacional, 1992, págs. 365-404.

⁷ Jean Robert, *Arbitrage civil et commercial, droit interne et droit international privé suivi de formules pratiques*, Quatrième Edition, Paris, Librairie Dalloz, 1967, pág. 9.

⁸ René David, *L'Arbitrage Dans Le Commerce International*, Paris, Economica, 1982, pág. 9.

1.1. Arbitragem voluntária e arbitragem necessária

A arbitragem poderá ser “*ad hoc*”, realizada «*através de um colégio arbitral expressamente constituído para efeito, integrado por árbitros designados pelas próprias partes e subordinado às regras escolhidas por estas*» ou institucionalizada, realizada «*sob a égide de uma instituição permanente, dotada de um regulamento e de uma organização própria*»⁹ e regulada pelo Decreto-Lei n.º 425/86, de 27 de setembro.

Poderá ser voluntária, em que «*a competência jurisdicional dos árbitros se funda numa convenção das partes*», ou necessária, em que «*os poderes do juízo arbitral decorrem de uma disposição legal, que impõe a obrigação de submeter a árbitros certos litígios*»¹⁰.

A arbitragem necessária é aquela em que «*Por determinação legal, certos litígios devem ser resolvidos por tribunal arbitral, estando vedado o acesso a tribunais judiciais, pelo menos os tribunais de primeira instância. Isso sucede nos casos em que o legislador entende, por razões de especial técnica ou de conveniências de outra natureza, que o litígio será melhor julgado se for decidido por árbitros*»¹¹.

No mesmo sentido José Luís Esquível, «*Arbitragem voluntária é aquela cuja existência depende da vontade das partes. De forma diferente, a arbitragem necessária é aquela que é imposta por lei. No primeiro caso, as partes dispõem de uma alternativa jurisdicional, podendo optar por submeter a resolução do litígio aos tribunais arbitrais ou aos tribunais do Estado (...). No segundo caso, as partes ficam legalmente impedidas de recorrer aos tribunais que integram a justiça oficial e que seriam normalmente competentes para apreciar o litígio*»¹².

Lima Pinheiro define a arbitragem voluntária como «*um modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a terceiros. Para este efeito considera-se terceiro um “particular” distinto de*

⁹ Dário Moura Vicente, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 27.

¹¹ Manuel Pereira Barrocas, *op. cit.*, pág. 90.

¹² José Luís Esquível, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 114-115.

qualquer das partes e que não actua como seu representante». A arbitragem necessária «distingue-se da arbitragem voluntária por se basear numa determinação legal». Por isso, «obriga a um conceito mais geral de arbitragem, que será um modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que a decisão é confiada a terceiro»¹³.

Concluimos que a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária distinguem-se por a primeira decorrer da vontade das partes, podendo as mesmas optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para a resolução do litígio, e a segunda decorrer de uma determinação legal que impõe às partes a submissão da resolução do litígio à arbitragem, impossibilitando as mesmas de optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para essa resolução.

¹³ Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 26.

1.2. Arbitragem necessária como “*arbitragem aparente*”

A componente convencional da arbitragem abrange dois aspetos: a possibilidade de as partes optarem por recorrer à arbitragem para dirimir litígios, em detrimento da jurisdição estadual; e a possibilidade de escolha dos árbitros¹⁴. Para alguns autores é fundamental a cumulação destes dois aspetos para que se possa falar em arbitragem.

Assim, no caso da arbitragem necessária, alguma doutrina considera que não estamos perante uma verdadeira arbitragem¹⁵ e designa-a como “*arbitragem aparente*”¹⁶ ou “*figura híbrida*”¹⁷. O fundamento reside na ausência de autonomia privada das partes para optar pelos tribunais judiciais ou pelos tribunais arbitrais para a resolução do conflito.

Nessa posição, encontra-se Manuel Pereira Barrocas, para quem, do ponto de vista histórico, a «*arbitragem foi concebida e desenvolveu-se no âmbito da sua natureza voluntária*», na qual a «*procura de uma solução para o conflito assenta no compromisso conferido pelas partes para a obtenção de uma solução, positiva ou negativa, para o litígio*». Ora, a arbitragem necessária não tem natureza convencional ou voluntária, logo não constituirá verdadeira arbitragem. As partes «*não têm qualquer capacidade de decidir sobre a matéria de submissão do litígio a árbitros por si nomeados, nem as regras processuais, nem o próprio direito aplicável, nem tão-pouco à regulação da sua relação com o árbitro como é própria da arbitragem voluntária*». Cada árbitro recebe os seus poderes não das partes, mas da lei, pois «*não tem um encargo conferido e um compromisso estabelecido na base da confiança com as partes. Trata-se muito mais de um perito a quem a lei, em atenção a qualificações especiais ou a outro motivo particular, decidiu atribuir-lhe essa função, de preferência a um juiz e, em qualquer caso, ao arrepio*

¹⁴ Charles Jarrosson, *La Notion de Arbitrage*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, pág. 13.

¹⁵ Manuel Pereira Barrocas, *op. cit.*, pág. 90.

¹⁶ Artur Flamínio da Silva, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 351; *Idem*, *A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade Sem Futuro? – Anotação ao Acórdão N.º 230/2013 do Tribunal Constitucional*, in *Desporto & Direito*, Ano X, n.º 28, setembro/dezembro, 2012, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 68.

¹⁷ Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, pág. 296.

da vontade das partes. Apenas a escolha dos árbitros fica, normalmente, reservada à vontade das partes»¹⁸.

Também Artur Flamínio Silva aponta a falta do elemento contratual que «é determinante para que exista uma escolha, uma opção entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estadual». É a falta de «voluntariedade da submissão das partes» que «aproxima esta forma de resolução de litígios da jurisdição estadual, embora com diferenças assinaláveis no funcionamento» e donde resulta o «carácter publicístico» em «sentido funcional» dos tribunais arbitrais necessários¹⁹. Nem o poder de nomeação dos árbitros detido pelas partes possibilita falar numa jurisdição privada²⁰.

Para Fausto de Quadros a arbitragem necessária é «contrária à teoria clássica sobre a arbitragem», na qual as partes possuem autonomia para optar ou não pela arbitragem e para, em convenção de arbitragem, definir e demarcar o objeto do litígio, escolher os árbitros «(sem prejuízo de mecanismos adequados para suprir nessa matéria a omissão das partes)» e escolher o regime aplicável «(o Direito, e, nesse caso, que Direito, ou a equidade)». A arbitragem necessária é um «meio, imposto por lei, de resolução de um litígio por via jurisdicional através de juízes escolhidos pelas partes. Porque é imposta por lei a arbitragem necessária é, portanto, “obrigatória”. Isto quer dizer que o recurso à arbitragem, nesse caso, deixa de estar na discricionariedade da vontade das partes num litígio para lhes ser imposto por lei, ficando para a autonomia das partes praticamente apenas a escolha dos árbitros»²¹.

Não entendendo os tribunais arbitrais necessários sequer como tribunais, uma vez que se encontram situados fora do campo da jurisdição, Lebre de Freitas sustenta que os mesmos só são admissíveis no âmbito da permissão do n.º 4, do artigo 202.º, devido à

¹⁸ Manuel Pereira Barrocas, *op. cit.*, págs. 91-92.

¹⁹ Artur Flamínio da Silva, *A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade Sem Futuro? – Anotação ao Acórdão N.º 230/2013 do Tribunal Constitucional*, págs. 68-69.

²⁰ *Idem*, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, págs. 349-351.

²¹ Fausto de Quadros, *Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 257-258.

fonte de legitimação do poder dos árbitros residir na conjugação da norma contida no n.º 2, do artigo 209.º, com a vontade autónoma das partes²².

Já outros autores consideram suficiente a atribuição às partes da possibilidade de designação dos árbitros para verificarem a existência de uma componente convencional na arbitragem necessária e esta ser considerada verdadeira arbitragem.

Entre eles, Pedro Gonçalves entende que apenas na ausência dos dois aspetos convencionais, isto é, da liberdade das partes optarem pela via arbitral ou pela via judicial e da possibilidade de escolha dos árbitros, se deixa de poder falar em tribunais arbitrais: *«seja qual for a sua designação legal, o tribunal deslocado da organização hierárquica dos “tribunais comuns” e composto por pessoas não nomeadas pelas partes não parece dever qualificar-se como tribunal arbitral. (...) Os tribunais “ad hoc” impostos às partes e compostos por pessoas por elas não designadas são “tribunais estaduais especiais”»*²³.

No entendimento de Dário Moura Vicente, a arbitragem necessária é uma verdadeira arbitragem. Isto porque *«não é a fonte convencional da competência decisória dos árbitros o elemento distintivo»*, uma vez que *«também a competência dos tribunais comuns pode fundar-se em pacto atributivo de jurisdição, sem que por esse motivo assumam a natureza de juízos arbitrais»*²⁴. A verdadeira distinção está em a arbitragem privada ser uma forma de administração da justiça por meros particulares. Além disso, a vontade das partes tem um papel importante na arbitragem necessária no que respeita à designação dos árbitros e, no direito português, o regime processual das duas formas de arbitragem é idêntico.

Nós aderimos a esta segunda posição. Apesar da componente convencional não figurar na existência da arbitragem necessária – por decorrer de uma disposição legal e não da vontade das partes como acontece na arbitragem voluntária, ou seja, as partes não podem optar pela jurisdição arbitral ou pela jurisdição estadual para dirimir determinado

²² José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 83, nota 21; *Idem*, *Citação dos Interessados como Garantia da Defesa no Processo de Expropriação*, in Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 2002, pág. 193.

²³ Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas Com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de outubro de 2005, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 571.

²⁴ Dário Moura Vicente, *op. cit.*, págs. 27-28.

litígio, nem de definir o objeto do litígio submetido à arbitragem –, esta é verdadeira arbitragem, pois subsiste um elemento convencional concretizado na possibilidade de escolha dos árbitros por parte dos litigantes.

Tal como a arbitragem voluntária, a arbitragem necessária é um meio de resolução jurisdicional de litígios, no qual as partes têm o poder de designação dos árbitros. Os árbitros são privados e não magistrados profissionais, representantes do Estado, integrados num organizado sistema de justiça, como sucede com os juízes.

Nesta sequência, concordamos com Dário Moura Vicente quando afirma que o que distingue a arbitragem é consistir numa «*forma de administração da justiça por particulares*». Embora, em nossa opinião, o regime processual das duas modalidades de arbitragem possa não ser idêntico, dado a lei especial que cria um regime de arbitragem necessária poder dispor em sentido divergente do disposto na LAV²⁵.

Apesar de a arbitragem necessária ter origem numa determinação legal e isso a aproximar aos tribunais estaduais, o poder de designação daqueles que irão julgar o litígio é algo que distingue a arbitragem e que não se verifica na jurisdição estadual. Nesta, as partes não têm a possibilidade de escolher o juiz que procederá ao julgamento da causa. Antes se submetem às regras de distribuição do processo a um magistrado, o qual é juiz profissional e não um particular, de um conjunto de magistrados que o Estado disponibiliza e a quem confia a função de julgar²⁶.

²⁵ Neste sentido, António Pedro Pinto Monteiro, Artur Flaminio da Silva e Daniela Mirante, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, ISBN 9789724079653, págs. 17-18, nota 32.

²⁶ Neste sentido, António de Magalhães Cardoso e Sara Nazaré, *A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão*, in Estudos de direito da arbitragem em homenagem a Mário Raposo, 2015, ISBN 97897225404492, pág. 46.

2. Consagração constitucional dos tribunais arbitrais

Em Portugal, na primeira metade do século XIX, a arbitragem recebe consagração constitucional. As Constituições portuguesas desse século fazem alusão aos tribunais arbitrais.

Na Constituição de 1822, a referida alusão surge no artigo 194.º, o qual prescrevia que «*Nas causas cíveis e nas penas civilmente intentadas é permitido às partes nomear Juizes árbitros*», para as decidirem»²⁷.

A Carta Constitucional de 1826, no artigo 127.º, determinava que «*Nas Cíveis, e nas Penais civilmente intentadas poderão as Partes nomear Juizes Árbitros*». Acrescentando que as «*Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*»²⁸.

E a Constituição de 4 de abril de 1838, no § 3.º, do artigo 123.º, segue a linha das anteriores: «§ 3.º *Nas causas cíveis, e nas criminais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes árbitros*»²⁹.

No século seguinte, as Constituições de 1911 e de 1933, contemplam a arbitragem como meio de dirimir litígios internacionais, mas não realizam qualquer menção aos tribunais arbitrais. Na primeira, o artigo 73.º determinava que «*A República Portuguesa, sem prejuízo do pactuado nos seus tratados de aliança, preconiza o princípio da arbitragem como o melhor meio de dirimir as questões internacionais*». Na segunda, o artigo 4.º, afirmava que «*Portugal preconiza a arbitragem, como meio de dirimir os litígios internacionais*»³⁰.

Chegados à Constituição de 2 de abril de 1976, na sua versão originária, o artigo 212.º previa a existência de tribunais judiciais de primeira e de segunda instância, do Supremo Tribunal de Justiça, de tribunais militares, do Tribunal de Contas e a possível

²⁷ Jorge Miranda, *As Constituições Portuguesas, De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 4.ª Edição, Lisboa, Livraria Petrony, Lda., 1997, págs. 84, 132, 197, 229, 233, 268 e 305.

²⁸ *Ibidem*, pág. 132.

²⁹ *Ibidem*, pág. 197.

³⁰ *Ibidem*, págs. 233, 268 e 269.

existência de tribunais administrativos e fiscais³¹, mas sem qualquer referência aos tribunais arbitrais.

Contudo, o regime dos tribunais arbitrais, voluntários e necessários, encontrava-se disciplinado pelo CPC de 1961, no seu Livro IV, intitulado «*Do tribunal arbitral*», dividido em dois Títulos, um respeitante ao tribunal arbitral voluntário, artigos 1508.º a 1524.º, e outro ao tribunal arbitral necessário, artigos 1525.º a 1528.º. O que levou Gomes Canotilho e Vital Moreira a questionarem a legitimidade constitucional destas normas, dizendo «*a Constituição não refere nem os “tribunais arbitrais” (v. CPC, arts. 1508.º e segs.) nem os “tribunais de conflitos”, o que levanta um grave problema acerca da sua legitimidade constitucional*»³².

Tal questão foi ultrapassada com a Revisão Constitucional de 1982. O artigo 160.º, da Lei Constitucional n.º 1/82, 30 de setembro³³, operou as seguintes alterações ao artigo 212.º:

- a) Substituição dos n.ºs 1 e 2, por um novo n.º 1;
- b) Nova redação do n.º 2, a qual contemplava a possibilidade de constituição de tribunais arbitrais ao estatuir que «*Podem existir tribunais administrativos e fiscais, tribunais marítimos e tribunais arbitrais*»³⁴; e
- c) Aditamento de novos números 3 e 4.

Nos Acórdãos do TC n.ºs 32/87, de 28 de janeiro³⁵, e 86/87, de 25 de fevereiro³⁶, pode ler-se:

«*Na verdade, depois da Revisão Constitucional de 1982, e face à nova redacção então dada ao artigo 212.º, n.º 2, da Constituição, passou a ser insusceptível de qualquer discussão a admissibilidade, na ordem jurídica portuguesa, de tribunais arbitrais*».

³¹ *Ibidem*, pág. 504.

³² J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pág. 400.

³³ Publicada no DR n.º 227/1982, I Série de 30.09.1982.

³⁴ Jorge Miranda, *op. cit.*, págs. 621-622.

³⁵ Processo n.º 30/85, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, *in* DR n.º 81, II Série de 07.04.1987, págs. 4446-4453, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

³⁶ Processo n.º 26/85, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, *in* DR, II Série de 16.04.1987, págs. 4931-4934, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

No mesmo sentido, o Acórdão do TC n.º 250/96, de 29 de fevereiro³⁷:

«A Constituição, a partir da 1ª Revisão constitucional, passou a contemplar expressamente os tribunais arbitrais como uma das categorias de tribunais, estabelecendo, no actual n.º 2 do artigo 211º, que "podem existir tribunais marítimos e tribunais arbitrais". Não impondo a sua existência, o legislador constitucional admite que o legislador ordinário os crie.

Não podendo, dada a expressa referência constitucional, ser questionada a legitimidade dos tribunais arbitrais enquanto tal, pelo menos no que toca aos tribunais arbitrais voluntários».

O Acórdão do TC n.º 506/96, de 21 de março³⁸, afirma que *«A expressa referência constitucional aos tribunais arbitrais impede que seja questionada a sua legitimidade, pelo menos no que toca aos tribunais arbitrais voluntários».*

E não era diferente o entendimento do TC perante a redação primitiva da Constituição:

«se as coisas são assim no quadro da actual versão da lei fundamental, também antes não deviam entender-se diferentemente, face ao texto originário da Constituição. E, de facto, não o eram, ao menos em geral (que se saiba, apenas G. Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 1.ª ed., p. 400, advertiram para «um grave problema» acerca da legitimidade constitucional dos tribunais arbitrais, mas sem irem mais além).

É certo (e daí a advertência citada) que nessa redacção inicial da Constituição não havia qualquer referência a «tribunais arbitrais», apesar de no artigo 212.º já se enunciarem as diferentes «categorias de tribunais». Do silêncio constitucional, porém, não era legítimo concluir pela sua inconstitucionalidade.

Com efeito, o que sucedia era que nessa disposição da lei fundamental apenas se contemplavam os tribunais que eram «órgãos do Estado» (que se integravam na

³⁷ Processo n.º 194/92, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma, in DR n.º 107, II Série de 08.05.1996, pág. 6148, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

³⁸ Processo n.º 137/93, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma, in DR n.º 154, II Série de 05.07.1996, pág. 9056, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

organização deste), mas sem com isso se pretender excluir outras formas de «realização» ou «administração da justiça», tradicionalmente reconhecidas no nosso direito»³⁹.

Dissipando-se, especialmente a partir da primeira Revisão Constitucional, qualquer dúvida sobre a admissibilidade constitucional dos tribunais arbitrais voluntários, o que foi assinalado pela jurisprudência constitucional, *«problemática é a questão de saber se a cobertura constitucional dos tribunais arbitrais abrange apenas os tribunais ' voluntários ' [...], ou seja, os instituídos por vontade dos interessados, (...), ou também os ' necessários ' (...), ou seja, os impostos por lei (...))»⁴⁰*, uma vez que, a Constituição *«não distingue, expressamente, entre tribunais arbitrais voluntários e tribunais arbitrais necessários»⁴¹.*

Para o TC, o n.º 2, do artigo 212.º, admitia quer os tribunais arbitrais voluntários, quer os tribunais arbitrais necessários porque *«não distinguindo o preceito entre tribunais arbitrais “voluntários” e “necessários”, não existe razão para se haver por consentidos só os primeiros, e não os segundos; não existe razão, sendo certo, nomeadamente, que os tribunais “necessários” não seriam uma instituição desconhecida, e nova, no nosso ordenamento, mas de há muito nele encontram acolhimento (cfr. Título II do livro IV do Código de Processo Civil))»⁴².*

Mais acrescenta que, atendendo à natureza e ao fundamento dos tribunais arbitrais voluntários, baseados na autonomia privada e liberdade contratual, estes teriam sempre justificação constitucional e, por isso, *«a expressa referência a “tribunais arbitrais” no novo texto constitucional só se justificaria, em boa verdade, para dissipar quaisquer dúvidas acerca da admissibilidade de tais instancia na sua modalidade “necessária”»⁴³*. Concluindo que, quer perante o texto originário da Constituição, quer

³⁹ Acórdãos do TC n.ºs 32/87, pág. 4448, e 86/87, pág. 4932, consultados em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

⁴⁰ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 551.

⁴¹ Acórdão do TC n.º 52/92, de 5 de fevereiro, Processo n.º 10/89, Plenário, Relator. Conselheiro Assunção Esteves, in DR n.º 62, I-A Série de 14.03.1992, pág. 1317, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

⁴² Acórdão do TC n.º 32/87, pág. 4448.

⁴³ Acórdãos do TC n.ºs 32/87, pág. 4448, e 86/87, pág. 4932.

perante a atual redação, os tribunais arbitrais necessários sempre foram e continuam a ser admissíveis⁴⁴.

Seguindo a posição do TC, Filipe Brito Bastos concorda que a existência anterior à Revisão Constitucional de 1982, da arbitragem voluntária e da arbitragem necessária não se coaduna com a limitação do n.º 2, do artigo 209.º (anterior 212.º), à arbitragem voluntária. Entendendo que a referência aos tribunais arbitrais operada neste artigo deve ser entendida no enquadramento da cultura jurídica portuguesa⁴⁵.

A nossa posição está alinhada com o entendimento do TC, a referência expressa aos tribunais arbitrais constante no n.º 2, do artigo 209.º, deverá abarcar os tribunais arbitrais voluntários e necessários.

Não restam dúvidas que, a partir da primeira Revisão Constitucional, a referência constitucional expressa aos tribunais arbitrais torna inquestionável a legitimidade constitucional, pelo menos, dos tribunais arbitrais voluntários. Se bem que, entendemos que não seria de concluir pela ilegitimidade dos tribunais arbitrais na redação originária da Constituição por falta de alusão aos mesmos, pois a arbitragem está enquadrada na tradição jurídica portuguesa e a arbitragem voluntária seria sempre admissível por decorrer da autonomia privada.

Mas a Constituição não realiza qualquer distinção expressa entre tribunais arbitrais voluntários e tribunais arbitrais necessários. E concordamos que assim seja por duas razões: a arbitragem necessária é verdadeira arbitragem, tal como a arbitragem voluntária, visto ser um meio de resolução jurisdicional de litígios, no qual as partes têm o poder de designação dos árbitros, meros particulares, que irão apreciar o litígio; tanto a arbitragem voluntária como a arbitragem necessária têm séculos de existência no direito português.

⁴⁴ Acórdão do TC n.º 59/87, de 11 de fevereiro, Processo n.º 31/85, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida, in DR n.º 88, II Série de 15.04.1987, pág. 4854, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

⁴⁵ Filipe Brito Bastos, *A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses*, in Arbitragem e Direito Público, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, pág. 93.

Na Revisão Constitucional de 1989, o artigo 130.º, da Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho⁴⁶, alterou e reenumerou o artigo 212.º. O novo artigo 211.º possuía a seguinte redação:

«1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;

b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;

c) O Tribunal de Contas;

d) Tribunais militares.

2. Podem existir tribunais marítimos e tribunais arbitrais»⁴⁷.

Na Revisão Constitucional de 1997, o artigo 133.º, da Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro⁴⁸, alterou e reenumerou o artigo 211.º. O atual artigo 209.º já não contém a alínea d) do n.º 1, referente aos tribunais militares, e foram acrescentados os julgados de paz ao texto do n.º 2.

Por fim, as Revisões Constitucionais de 1992, 2001, 2004, e 2005⁴⁹, não procederam a quaisquer alterações neste âmbito.

⁴⁶ Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, *in* DR n.º 155/1989, 1.º Suplemento, I Série de 08.07.1989, págs. 2734-(2)–2734-(69).

⁴⁷ Jorge Miranda, *As Constituições Portuguesas, De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, pág. 702.

⁴⁸ Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro, *in* DR n.º 218/1997, I-A Série de 20.09.1997, págs. 5130-5196.

⁴⁹ Leis Constitucionais n.ºs 1/92, de 25 de novembro, *in* DR n.º 273/1992, 1.º Suplemento, I-A Série de 25.11.1992, págs. 5444-(2)–5444-(45); 1/2001, *in* DR n.º 286/2001, I-A Série de 12.12.2001, págs. 8172-8217; 1/2004, *in* DR n.º 173/2004, I-A Série de 24.07.2004, págs. 4642-4693; 1/2005, *in* DR n.º 155/2005, I-A Série de 12.08.2005, págs. 4642-4686.

3. Consagração legal dos tribunais arbitrais

A arbitragem em Portugal aparece disciplinada nas Ordenações Afonsinas, no seu Livro Terceiro, Título CXIII, intitulado «*Dos Juizes Alvidros*»; nas Ordenações Manuelinas, no seu Livro Terceiro, Título LXXXI, com o mesmo título; e nas Ordenações Filipinas, no seu Livro Terceiro, Título XVI, intitulado «*Dos Juizes arbitros*»⁵⁰.

As Reformas Judiciárias de 1832, de 1836-1837, e de 1841⁵¹, respetivamente Reforma, Nova Reforma e Novíssima Reforma, «*não alteraram substancialmente, antes regulamentaram de forma mais precisa o instituto da arbitragem*»⁵². Na Reforma, a arbitragem consta dos artigos 30.º e seguintes; na Nova, no Título III, designado «*Dos árbitros*», dos artigos 28.º a 42.º; e na Novíssima, a matéria sobre arbitragem foi dividida por dois títulos, o Título V, Capítulo VII, com a epígrafe «*Dos Arbitros*», artigos 150.º a 156.º, e o Título IX, Capítulo Único, «*Do Processo Perante os Arbitros*», artigos 225.º a 234.º.

Em 1876, a arbitragem passou a estar disciplinada no CPC⁵³, no Livro I, Capítulo II, Secção III, intitulada «*Do juízo arbitral*», artigos 44.º a 58.º.

Com o CPC de 1939⁵⁴, o regime da arbitragem vertido no Livro IV, com a epígrafe «*Do tribunal arbitral*», passa a contemplar dois Títulos respeitantes, um aos tribunais arbitrais voluntários, artigos 1561.º a 1576.º, e outro aos tribunais arbitrais necessários, artigos 1577.º a 1580.º. Esta separação entre a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária poderá dever-se a razões de ordem sistemática, «*sobretudo para estabelecer o princípio da aplicação supletiva da regulamentação sobre a arbitragem voluntária, no caso da lei especial que a impõe nada estatuir sobre o respetivo regime*,

⁵⁰ *Ordenações Afonsinas*, Livro III, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1984; *Ordenações Manuelinas*, Livro III, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1984; *Ordenações Filipinas*, Livros II e III, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

⁵¹ Decreto ditatorial n.º 24, de 18.05.1832; Decretos de 29.11.1836 e de 13.01.1837, confirmados por Carta de Lei de 27.04.1837; Decreto de 21.05.1841.

⁵² Manuel Pereira Barrocas, *op. cit.*, pág. 57.

⁵³ Aprovado pela Carta de Lei de 08.11.1876, com as alterações introduzidas pelo Decreto com força de Lei n.º 4.168, de 13.07.1918.

⁵⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 29:637, de 28.05.1939, in *Diário do Governo* n.º 123/1939, I Série de 28.05.1939.

uma vez que os casos de arbitragem necessária eram raros, surgindo sobretudo no Direito Administrativo, como seja na expropriação por utilidade pública»⁵⁵.

O CPC de 1961⁵⁶, mantém a regulação da arbitragem no Livro IV e a divisão entre arbitragem voluntária, no Título I, artigos 1508.º a 1524.º, e arbitragem necessária, no Título II, artigos 1525.º a 1528.º.

Em 1984, o regime da arbitragem voluntária é retirado do âmbito do CPC, passando a ser regulado em diploma autónomo, o Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho⁵⁷, declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, pelo Acórdão do TC n.º 230/86, de 8 de julho⁵⁸.

Na sequência dessa declaração de inconstitucionalidade, as normas sobre arbitragem voluntária previstas no CPC foram repristinadas, tendo as mesmas vigorado até à entrada em vigor da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto⁵⁹. Com este diploma são revogadas as normas referentes à arbitragem voluntária constantes no CPC, mantendo-se em vigor as normas sobre arbitragem necessária.

Na LOSJ⁶⁰, a existência de tribunais arbitrais está prevista no Título III, intitulado “*Tribunais*”, n.º 4, do artigo 29.º, cuja epígrafe é «*Categorias de tribunais*»; e no Título VIII, artigo 150.º, ambos sob a epígrafe «*Tribunais arbitrais*». O n.º 2, deste último artigo, remete a regulação da competência, da organização e do funcionamento dos tribunais arbitrais para diploma próprio.

⁵⁵ Sofia Ribeiro Mendes, *O Novo Regime de Arbitragem necessária de Litígios Relativos a Medicamentos de Referência e Genéricos*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Volume II, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pág. 1007.

⁵⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44.129, de 28.12.1961, in Diário do Governo n.º 299/1961, 1.º Suplemento, I Série de 28.12.1961.

⁵⁷ Publicado em DR n.º 164, I Série de 17.07.1984, págs. 2181-2186.

⁵⁸ Processo n.º 178/84, Plenário, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, in DR n.º 210/1986, I Série de 12.09.1986, págs. 2540-2546, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

⁵⁹ Publicado em DR n.º 198, I Série de 29.08.1986, págs. 2259-2264.

⁶⁰ Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação dada pelos seguintes diplomas: Retificação n.º 42/2013, de 24 de outubro; Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro; Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto; Lei Orgânica n.º 4/2017, de 25 de agosto; Lei n.º 23/2018, de 5 de junho; Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro; e Lei n.º 19/2019, de 19 de fevereiro.

Atualmente, vigoram a LAV⁶¹, os artigos 1082.º a 1084.º, do CPC, e legislação especial em que a resolução de litígios referentes a determinadas matérias são submetidos à arbitragem necessária, nomeadamente⁶²:

a) O artigo 49.º, das CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43395, de 19.11.1960, prevê que as dúvidas ou divergências entre o consumidor e o distribuidor sobre a execução ou a interpretação das disposições destas condições gerais, do caderno de encargos da concessão ou da apólice aprovada serão decididos por uma comissão de três peritos-árbitros;

b) O n.º 4, do artigo 221.º, do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março⁶³;

c) O artigo 15.º, da Lei dos Serviços Públicos, Lei n.º 23/96, de 26 de julho⁶⁴, submete à arbitragem necessária os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais *«quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados»*;

d) O n.º 3, do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro, o qual transpõe para a ordem jurídica interna o disposto na Diretiva n.º 93/83/CEE, do Conselho, de 27.12.1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo, determina que *«Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei»*;

⁶¹ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

⁶² Susana Filipa Pereira Bastos, *Arbitragem Necessária*, Dissertação de Mestrado em Direito na Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, janeiro de 2016, págs. 13-15, consultado em 21.05.2019, disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31348/1/Arbitragem%20necessaria.pdf>.

⁶³ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Declaração de 30 de abril de 1985; Lei n.º 45/85, de 17 de setembro; Lei n.º 114/91, de 3 de setembro; Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro; Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro; Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto; Lei n.º 24/2006, de 30 de junho; Lei n.º 16/2008, de 1 de abril; Lei n.º 65/2012, de 20 de dezembro; Lei n.º 82/2013, de 6 de dezembro; Lei n.º 32/2015, de 24 de abril; Lei n.º 49/2015, de 5 de junho; Lei n.º 36/2017, de 2 de junho; Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23 de agosto; e Lei n.º 92/2019, de 4 de setembro.

⁶⁴ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro; Lei n.º 24/2008, de 2 de junho; Lei n.º 6/2011, de 10 de março; Lei n.º 44/2011, de 22 de junho; Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro; e Lei n.º 51/2019, de 29 de julho.

e) O n.º 1, do artigo 38.º, do Código das Expropriações, Lei n.º 168/99, de 18 de setembro⁶⁵, determina que, na falta de acordo sobre o valor da indemnização a pagar ao expropriado, é o mesmo fixado por arbitragem;

f) O n.º 3, do artigo 32.º, da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, Lei n.º 27/2007, de 30 de julho⁶⁶, estipula que *«Na falta de acordo entre o titular dos direitos televisivos e os demais operadores interessados na transmissão do evento, há lugar a arbitragem vinculativa da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, mediante requerimento de uma das partes»*;

g) Os artigos 510.º a 513.º, respeitantes à arbitragem necessária; os artigos 508.º e 509.º, e a alínea b), do n.º 4, do artigo 538.º, respeitantes à arbitragem obrigatória e à arbitragem sobre serviços mínimos durante a greve, todos do Código do Trabalho, Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. No Direito do Trabalho, não existem verdadeiramente casos de arbitragem necessária, ou seja, imposta por lei, mas sim modalidades de arbitragem obrigatória determinadas por ato administrativo (despacho ministerial)⁶⁷. A nova tipologia de arbitragem necessária não é mais do que uma arbitragem obrigatória, mas com outra denominação⁶⁸;

h) O n.º 4, do artigo 375.º, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei n.º 35/2014, de 20 de junho⁶⁹, prescreve que qualquer das partes pode recorrer à arbitragem necessária para celebração de novo acordo coletivo de trabalho;

⁶⁵ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro; Retificação n.º 18/2002, de 12 de abril; Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro; Lei n.º 67-A/2007, de 31 de dezembro; e Lei n.º 56/2008, de 4 de setembro.

⁶⁶ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Retificação n.º 82/2007, de 21 de setembro; Lei n.º 8/2011, de 11 de abril; e Lei n.º 78/2015, de 29 de julho.

⁶⁷ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 8.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2017, págs. 1356-1357.

⁶⁸ *Idem*, *Código do Trabalho Anotado*, Anotação de Luís Gonçalves da Silva, 11.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 1088.

⁶⁹ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Retificação n.º 37-A/2014, de 19 de agosto; Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro; Lei n.º 84/2015, de 7 de agosto; Lei n.º 18/2016, de 20 de junho; Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro; Lei n.º 25/2017, de 30 de maio; Lei n.º 70/2017, de 14 de agosto; Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto; Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto; Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro; e Decreto-Lei n.º 6/2019, de 14 de janeiro.

i) Os artigos 4.º e 5.º, 52.º a 59.º, e 76.º a 80.º, da Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, que criou o TAD⁷⁰. Os artigos 4.º e 5.º definem o TAD como competente para conhecer «*dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina*» e «*dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem*»⁷¹. Os artigos 52.º a 59.º respeitam ao processo de jurisdição arbitral necessária e os artigos 76.º a 80.º, às custas processuais no âmbito da arbitragem necessária.

⁷⁰ Na redação dada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho.

⁷¹ Lei Antidopagem no Desporto aprovada pela Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto, na redação dada pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho, e pela Lei n.º 93/2015, de 13 de agosto.

4. (In)admissibilidade constitucional da arbitragem necessária

A origem não convencional da arbitragem necessária e consequente limitação da liberdade dos litigantes para optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral voluntária para solucionar o litígio, leva alguma doutrina e jurisprudência a ter reticências quanto à sua conformidade constitucional.

4.1. Inconstitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários

O fundamento para a desconformidade da arbitragem necessária com as normas e princípios constitucionais reside na violação do direito fundamental de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, previsto nos artigos 20.º e 268.º, n.ºs 4 e 5, e do princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º.

Essa é a posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira ao realçar que os tribunais arbitrais necessários podem *«pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (...), mas também o princípio da igualdade»*⁷², visto impedirem os litigantes de recorrer diretamente aos tribunais estaduais que normalmente seriam competentes.

Em parecer, a propósito da arbitragem imposta para resolução dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial referentes a medicamentos de referência e medicamentos genéricos, prevista na Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, Gomes Canotilho, quanto ao direito de acesso aos tribunais, considera que a *«sujeição, por lei ordinária, da resolução desses litígios a um sistema de arbitragem “forçada” ou “necessária”, apenas pode significar uma subtra[c]ção inconstitucional dos titulares dos direitos fundamentais invocados ao exercício do “direito” fundamental de acesso aos tribunais para defesa desses direitos»*⁷³.

Quanto ao princípio da igualdade, a arbitragem necessária coloca os litigantes *«numa situação de desigualdade, quando confrontados com a protecção jurisdicional*

⁷² J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 551.

⁷³ J. J. Gomes Canotilho, Parecer de 15.03.2012, policopiado, pág. 70, *Apud* Artur Flamínio da Silva, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, pág. 355.

conferida a outros titulares de outros tantos direitos fundamentais e mesmo de outros direitos de propriedade industrial»⁷⁴.

Na arbitragem necessária em sede de medicamentos de referência e de medicamentos genéricos, *«estando em causa uma necessidade de tutela de direitos fundamentais, como são os direitos de propriedade industrial»*, Gomes Canotilho questiona *«pela razão de ser de tão evidente «discriminação» dos seus titulares em sede de proteção jurisdicional»*, dado que *«é por demais óbvio que a submissão dos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial sobre medicamentos de referência à arbitragem necessária por parte do legislador redundava numa violação grosseira do princípio da igualdade de tratamento e numa atitude discriminatória das pessoas perante a lei»⁷⁵.*

Acresce, ainda, que os tribunais arbitrais necessários não se enquadram na definição de tribunal arbitral. Como a Constituição não apresenta um conceito de tribunal arbitral, Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem *«que foi recebido o conceito decorrente da tradição jurídica vigente no direito infraconstitucional»⁷⁶*, com as seguintes características fundamentais:

i) Em regra, são formados “ad hoc” para o julgamento de determinado litígio, esgotando-se nessa tarefa, mas poderão ser permanentes, sendo-lhes diferidos os litígios emergentes de determinado tipo de relações jurídicas; e

ii) São formados por iniciativa das partes ou por iniciativa de instituições representativas dos eventuais litigantes (associações comerciais, etc.), pressupondo uma convenção de arbitragem.

Paulo Otero, também em parecer respeitante à arbitragem necessária em matéria de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, salienta que a arbitragem consubstancia *«uma forma de privatização da função jurisdicional»* em que *«o Estado*

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 355.

⁷⁵ J. J. Gomes Canotilho, Parecer de 15.03.2012, policopiado, págs. 69-70, *Apud* Rui Medeiros, *Arbitragem necessária e Constituição*, pág. 1308.

⁷⁶ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 550.

abandona, a favor dos sujeitos privados que se encontram em litígio, num processo de verdadeira autorregulação dos conflitos, o seu monopólio no âmbito da administração da justiça»⁷⁷.

Ora, «O Estado não pode renunciar a ser Estado em domínios que justificam a sua própria existência, sob pena de deixar de ter razão de existir: a administração da justiça, enquanto função típica de soberania, integrante do núcleo “sagrado” de funções exclusivas do Estado, não pode estar na disponibilidade do legislador ordinário»⁷⁸.

Relativamente ao princípio da igualdade, aqueles a quem se impõe a arbitragem estão em desvantagem em relação aos restantes, que podem optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral voluntária: *«A criação pelo legislador de arbitragens necessárias retira, visto deste último ângulo, esse direito de escolha do modo de acesso à justiça que todos os restantes particulares têm em áreas ou matérias suscetíveis de arbitragem»⁷⁹.*

Também ofendem o princípio da igualdade, os custos decorrentes da arbitragem, porquanto um *«mecanismo de arbitragem necessária cria um desequilíbrio no acesso à justiça, pois os custos do seu funcionamento são, por via de regra, muito superiores aos custos processuais nos tribunais do Estado. Neste último entendimento, a imposição da arbitragem necessária conduz, imediata e inevitavelmente, a um privilégio a favor dos intervenientes particulares que possuem mais recursos financeiros, enquanto, em sentido contrário, uma solução envolvendo a intervenção dos tribunais do Estado garante, à partida, uma justiça economicamente mais acessível a todos»⁸⁰.*

A inconstitucionalidade da arbitragem necessária ocorre porque *«a) o Estado não pode renunciar ao exercício da função jurisdicional; b) o Estado não pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado; c) o Estado não pode desresponsabilizar-se da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais; d) o princípio da igualdade no acesso à justiça e aos tribunais*

⁷⁷ Paulo Otero, Parecer de 01.06.2012, policopiado, págs. 63-64, *Apud* Rui Medeiros, *Arbitragem necessária e Constituição*, in Estudos em Memória ao Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 1319.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 1306.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 1308.

⁸⁰ *Ibidem*, págs. 1308-1309.

encontra-se lesado»⁸¹. Pelo que, a arbitragem só é admissível «*sempre a título excepcional*»⁸².

⁸¹ *Ibidem*, pág. 1303.

⁸² *Ibidem*, pág. 1313.

4.2. Constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários, com controlo de mérito pelos tribunais estaduais

A existência de tribunais arbitrais necessários é admitida desde que esteja garantido que a decisão arbitral não seja definitiva, isto é, com a exigência de previsão de recurso das decisões emanadas pelos tribunais arbitrais necessários para os tribunais estaduais.

É a posição assumida por Luís Cabral Moncada, Pedro Gonçalves e Blanco de Morais.

Ora, sendo os tribunais arbitrais necessários uma *«entorse ao princípio geral segundo o qual a respectiva constituição depende da vontade livre das partes»*⁸³ e atendendo que *«o facto de a CRP incluir os tribunais arbitrais nas categorias de tribunais não assegura a constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários em todos os casos: só é pensável admitir a imposição da composição arbitral quando não se encontre vedado o acesso aos tribunais, hipótese que só se verifica se não estiver excluída a possibilidade de recurso da decisão arbitral para aqueles tribunais»*⁸⁴.

Estes autores, embora concordem que não exista um monopólio estadual da função jurisdicional, divergem quanto ao facto dos tribunais arbitrais se encontrarem ou não abrangidos pelo direito de acesso aos tribunais, previsto no n.º 1, do artigo 20.º.

Cabral Moncada anota que a Constituição considera a arbitragem como corolário do direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva. E, como direito fundamental, goza da proteção que a Constituição concede aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga.

É um direito fundamental que requer uma *«intervenção estatal em sede legislativa que lhe dê eficácia e exequibilidade»*⁸⁵.

⁸³ Luís Cabral de Moncada, *A arbitragem no Direito Administrativo: uma justiça alternativa*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII (Especial), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 183.

⁸⁴ Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas Com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, pág. 573.

⁸⁵ Luís Cabral de Moncada, *op. cit.*, pág. 172.

O direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva não «se esgota assim na tutela “judicial” dispensada através dos tribunais comuns». Contudo, «Os tribunais arbitrais necessários só serão possíveis sob reserva de recurso das respectivas sentenças para os tribunais comuns. Se assim não fosse, tudo se passaria como se o legislador estivesse a negar aos cidadãos o direito de acesso aos tribunais, o que é claramente inconstitucional»⁸⁶.

Também Blanco de Moraes considera que o n.º 1, do artigo 20.º, «não se restringe ao universo dos tribunais estaduais, mas abrange todas as categorias de tribunais previstos na Constituição. Integrando os tribunais arbitrais o próprio sistema de justiça, não será inconstitucional, por colisão ou interferência com o princípio do acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, uma norma legal que submeta necessariamente à via arbitral um determinado litígio. Trata-se, na verdade, não de uma renúncia ao direito de acesso aos tribunais estaduais, mas um “um dos modos possíveis de exercício desse direito”». Os cidadãos só ficariam impedidos de aceder aos tribunais estaduais «se a legislação que cria especificamente uma instância arbitral impusesse uma proibição ou uma restrição sensível à interposição de recurso ordinário da decisão arbitral para os tribunais ordinários, ditando a formação de caso julgado»⁸⁷.

Já Pedro Gonçalves sustenta que existe uma reserva jurisdicional aos tribunais consagrada no artigo 202.º, mas que se refere à jurisdição «enquanto função pública do Estado»⁸⁸. Isto significa que os tribunais são os únicos órgãos que podem exercer a função jurisdicional no âmbito da organização do Estado.

Mas o referido artigo 202.º, não consagra um monopólio jurisdicional do Estado e a função jurisdicional pode ser exercida por tribunais estaduais e por tribunais não estaduais.

⁸⁶ *Ibidem*, págs. 172-183.

⁸⁷ Carlos Blanco de Moraes, Parecer de 05.09.2012, policopiado, pág. 28.

⁸⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, in Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, Almedina, 2013, pág. 778.

Contudo, «O parâmetro constitucional relevante nesta matéria não é a norma contida no artigo 202.º/1 – os tribunais arbitrais, mesmo os necessários, não infringem a reserva de jurisdição aí consagrada –, mas a do artigo 20.º/1, na parte em que assegura o acesso aos tribunais: está em causa um direito fundamental que opera no âmbito das relações entre cidadãos e Estado, de modo que os tribunais a que a disposição se refere não podem deixar de ser apenas os que se enquadram na organização do Estado»⁸⁹.

A garantia consagrada no n.º 1, do artigo 20.º, «é a do direito de acesso a tribunais estaduais, não tendo sentido dizer-se que ali se garante o acesso a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados»⁹⁰.

A nível jurisprudencial, o TC admite a arbitragem necessária mediante a possibilidade de interposição de recurso das decisões arbitrais para os tribunais estaduais, conforme os seus Acórdãos n.ºs 230/2013, de 24 de abril⁹¹, e 781/2013, de 20 de novembro⁹², respeitantes ao regime legal do TAD.

O Acórdão n.º 230/2013, aprecia preventivamente a constitucionalidade da norma do n.º 1, do artigo 8.º, que previa a irrecorribilidade das decisões proferidas, em única ou última instância, pelo TAD para os tribunais estaduais, conjugada com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, por restringir o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva.

Neste Acórdão, o TC defende, na senda do entendimento de Pedro Costa Gonçalves, que o direito de acesso aos tribunais previsto no n.º 1, do artigo 20.º, é um «corolário lógico da tendencial resolução dos conflitos através dos tribunais estaduais», logo o recurso a um tribunal estadual continua a ser a principal via de acesso ao direito.

⁸⁹ Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas Com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, pág. 573.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 565, nota 450.

⁹¹ Processo n.º 279/2013, Plenário, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, in DR n.º 89, I Série de 09.05.2013, págs. 2782-2797, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

⁹² Processo n.º 916/13, Plenário, Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, in DR n.º 243, I Série de 16.12.2013, págs. 6807-6821, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Por a arbitragem necessária decorrer de uma imposição legal às partes da qual resulta a exclusão do acesso aos tribunais estaduais, deverá estar sujeita a maiores garantias.

Assim, podendo o direito de acesso aos tribunais ser assegurado apenas em via de recurso, *«permitindo-se que num momento inicial o litígio possa ser resolvido por intervenção de outros poderes, caso em que se poderá falar numa reserva relativa de jurisdição ou reserva de tribunal»*, deverá existir um mecanismo de reexame judicial por um tribunal estadual da decisão que se pronuncia sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo.

A possibilidade de recurso para o TC e de impugnação da decisão arbitral com os fundamentos previstos na LAV não representam um mecanismo de reexame do mérito da causa perante um tribunal estadual.

Pelo que, a norma do n.º 1, do artigo 8.º, do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, consubstancia uma violação do direito de acesso aos tribunais ao preceituar a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo TAD para os tribunais do Estado.

Contra esta decisão está a Conselheira Maria João Antunes ao considerar que o direito de acesso ao direito não é garantido apenas através do acesso aos tribunais estaduais, pois o tribunal arbitral faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais.

No processo que deu lugar ao Acórdão n.º 781/2013, foi requerida a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade das normas dos n.ºs 1 e 2, do artigo 8.º, que previam a recorribilidade apenas em casos excecionais das decisões do TAD para os tribunais estaduais, conjugado com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos da LTAD⁹³, por restringir, de forma desproporcional, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva.

⁹³ Anexo à Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, na redação anterior às alterações realizadas pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho.

Dos n.ºs 1 e 2, do artigo 8.º, da LTAD, decorre que, no âmbito da jurisdição arbitral necessária do TAD, só são passíveis de recurso de revista para o STA as decisões proferidas pela câmara de recurso do TAD, em recursos de decisões dos colégios arbitrais i) que sancionem infrações disciplinares ou que estejam em contradição com outra, já transitada em julgado, proferida por um colégio arbitral ou pela câmara de recurso, e ii) quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.

A exigência de relevância da matéria apreciada atribui uma função objetiva ao recurso de revista, pois este defende «*interesses comunitários de grande relevo*» e não está orientado para a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

Na mesma linha argumentativa do Acórdão n.º 230/2013, o TC considerou que, com o carácter excecional do recurso de revista para o STA, mantém-se a insuficiência dos mecanismos para garantir o direito de acesso aos tribunais por não se prever um mecanismo de reexame perante um tribunal estadual relativo às situações comuns em que o particular pretenda discutir a decisão sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo.

Dissentindo desta decisão, a Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros entende que a tutela jurisdicional efetiva «*não se reconduz necessariamente a uma tutela assegurada por tribunais do Estado*» e que o novo regime do TAD disponibiliza uma via de acesso dos cidadãos à justiça estadual.

4.3. Equivalência entre tribunais arbitrais necessários e os tribunais estaduais

Apesar da constituição de tribunal arbitral decorrer de contrato entre as partes, o seu fundamento assenta no enquadramento legal conferido à arbitragem. É deste enquadramento que, para Paulo Castro Rangel, resulta uma «*concorrência e equivalência funcionais*» entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral e não a absorção da jurisdição arbitral no sistema de justiça público⁹⁴.

A nossa Constituição não consagra um monopólio estadual da função jurisdicional, uma vez que reconhece e admite os tribunais arbitrais e os tribunais internacionais como, por exemplo, os tribunais da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁹⁵.

É através de um critério de subsidiariedade que se define a área de monopólio dos tribunais estaduais e a área em estes concorrem com os tribunais arbitrais. Deste modo, «*Os tribunais públicos (...) assumem uma função de suplência na resolução de controvérsias privadas e de monopólio quando se tratem de lide que contendam com interesses primordialmente públicos*»⁹⁶.

A equivalência funcional justifica: i) o reconhecimento das decisões dos tribunais arbitrais; ii) a possibilidade de os tribunais arbitrais solicitarem a colaboração dos tribunais públicos; iii) a inexistência de recurso de revisão de decisão arbitral, pois admitir este recurso seria assumir os tribunais arbitrais como integrados na ordem jurisdicional pública, quando se trata de uma «*ordem difusa privada*». Isto é, trata-se de uma equivalência entre os tribunais arbitrais e os tribunais públicos no seu todo e não apenas os de primeira instância⁹⁷.

Seguindo a mesma ideia da «*concorrência e equivalência funcionais*» entre as jurisdições estadual e arbitral, Rui Medeiros conclui que, por interpretação sistemática do artigo 20.º, o direito de acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efetiva pode ser exercido

⁹⁴ Paulo Castro Rangel, *Arbitragem e Constituição: Um Novo Lugar e Um Novo Fundamento*, pág. 645.

⁹⁵ *Idem*, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, pág. 292.

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 646.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 647.

através dos tribunais estaduais e dos tribunais arbitrais, fazendo estes últimos parte da garantia de acesso ao direito e aos tribunais. Isto porque:

a) A Constituição recusa um monopólio estadual da função jurisdicional ao admitir os tribunais arbitrais através da sua inclusão nas categorias de tribunais previstas no artigo 209.º;

b) A qualificação dos tribunais como órgãos de soberania expressa no n.º 1, do artigo 202.º, não é no sentido de consagrar um monopólio jurisdicional do Estado, mas sim uma «*reserva de jurisdição no âmbito das relações internas entre os vários poderes do Estado*»⁹⁸;

c) Apesar de não serem órgãos de soberania, os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais por exercerem uma função jurisdicional, de acordo com a jurisprudência do TC⁹⁹;

d) Se o direito de acesso aos tribunais só valesse para os tribunais estaduais, os «*tribunais arbitrais não estariam constitucionalmente vinculados – mas apenas nos termos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Lei da Arbitragem Voluntária – à observância dos princípios fundamentais que, segundo no mesmo artigo 20.º, devem ser respeitados em qualquer processo jurisdicional, em particular a sujeição ao princípio estruturante do processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição)*»¹⁰⁰;

e) A arbitragem não corresponde a privatização da justiça, pois a mesma é enquadrada por lei, não constituindo um espaço livre do direito.

Sobre a conformidade constitucional da arbitragem necessária com o princípio da igualdade, basta que a criação de tribunais arbitrais necessários e o respetivo regime,

⁹⁸ Pedro Costa Gonçalves, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, pág. 778; Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, págs. 561 e seguintes.

⁹⁹ Acórdãos do TC n.ºs 230/86, pág. 2542, e 52/92, pág. 1317.

¹⁰⁰ Rui Medeiros, *Arbitragem Necessária e Constituição*, in Estudos em Memória ao Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 1318.

nomeadamente, regime de recursos, estatuto dos árbitros, processo arbitral, encargos, sejam determinados por «razões atendíveis» e não meramente arbitrárias¹⁰¹.

A tese da equivalência funcional é objeto de algumas críticas: i) não permite, em abstrato, um juízo prévio sobre a qualidade do exercício da função jurisdicional por privados; ii) não define se existe uma responsabilidade constitucional do Estado em garantir a existência de tribunais arbitrais; iii) apoia-se num nominalismo, pois não basta o legislador qualificar um tribunal como tribunal arbitral para que efetivamente o seja, uma vez que, em concreto, pode não ter correspondência com a noção de tribunal; iv) desconsidera as diferenças entre arbitragem voluntária e arbitragem necessária; v) não resolve o problema de saber quais os princípios constitucionais aplicáveis aos tribunais estaduais que também deverão ser aplicáveis aos tribunais arbitrais¹⁰².

Artur Flaminio da Silva concluiu que a facultatividade da existência de tribunais arbitrais prevista no n.º 2, do artigo 209.º, demonstra que não existe qualquer obrigação do Estado em garantir essa existência. Especificamente quanto ao tribunal arbitral necessário, por um lado, não integra o conceito de tribunal arbitral devido ao seu elemento público corporizado na eliminação da faculdade de as partes subtraírem o litígio ao tribunal estadual, assemelhando-se a um «tribunal estadual especial»¹⁰³. Por outro lado, não se identifica integralmente com os tribunais estaduais, mas as suas decisões poderão ser uma manifestação da tutela jurisdicional efetiva prevista no artigo 20.º.

Para apurar se o tribunal arbitral necessário pode, em concreto, respeitar as garantias constitucionalmente previstas para os tribunais estaduais, o autor adota um «critério puramente substancial», em que «o alcance da teoria da equiparação deve ser lido em concreto e nunca em abstracto». Deste modo, a constitucionalidade da arbitragem necessária deve ser encontrada através de um «teste de conformidade concreta com as garantias exigidas aos tribunais estaduais, segundo as coordenadas do artigo 20º da CRP», o que implica a análise, em concreto, de cada regime legal específico de arbitragem necessária, nomeadamente, os aspetos organizativos ou o estatuto dos árbitros. Assim, a conformidade da arbitragem necessária com os comandos constitucionais coloca-se com

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 1316-1318.

¹⁰² Artur Flaminio da Silva, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, págs. 341, 357 e 358.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 359.

particular acuidade relativamente ao direito fundamental da tutela jurisdicional efetiva, ao princípio da igualdade e ao princípio do juiz natural¹⁰⁴.

¹⁰⁴ *Ibidem*, págs. 359-361.

4.4. Posição adotada

Concordamos que o sistema jurisdicional português não é unitário, mas antes constituído por «*várias categorias de tribunais, independentes e autónomas entre si, com a sua estrutura e regime próprios*», consubstanciando o princípio da pluralidade de jurisdições¹⁰⁵.

A Constituição admite a existência de tribunais estaduais, de tribunais arbitrais através do artigo 209.º, e de tribunais internacionais como o Tribunal Penal internacional através do n.º 7, do artigo 7.º. Pelo que, «*para a Constituição, não há apenas tribunais estatais*» e «*Fora do ordenamento estatal podem existir outros órgãos jurisdicionais*»¹⁰⁶.

Assim o n.º 1, do artigo 202.º, não consagra um monopólio estadual de jurisdição, mas uma reserva de jurisdição aos tribunais, em que estes são os únicos órgãos a exercerem a função jurisdicional no âmbito dos poderes do Estado.

O n.º 1, do artigo 20.º, ao prever o direito de acesso aos tribunais, não realiza qualquer especificação ou distinção entre tribunais. Pelo que, sendo os tribunais arbitrais verdadeiros tribunais, pois exercem uma função jurisdicional e estão legitimados constitucionalmente, também fazem parte da garantia de acesso aos tribunais, sem, contudo, existir um dever constitucional do Estado em garantir a existência de tribunais arbitrais. Assim, os regimes legais de arbitragem devem respeitar as garantias previstas no artigo 20.º.

Sem prejuízo haverá que atender às diferenças entre a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária. Por a última decorrer de imposição legal, os tribunais arbitrais necessários não se ajustam ao conceito de tribunal arbitral decorrente da tradição jurídica, uma vez que a sua formação não pressupõe uma convenção de arbitragem. Consideramos que tal poderá ocorrer por o estudo doutrinário, jurisprudencial e legal da arbitragem se centrar, sobretudo, na sua modalidade voluntária, embora a modalidade necessária também seja tradicionalmente reconhecida no nosso direito. Para nós, o conceito de

¹⁰⁵ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, págs. 546-547; António Pinto Monteiro, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 170.

¹⁰⁶ Acórdãos do TC n.ºs 32/87, 86/87, 52/92, e 506/96.

tribunal arbitral deveria centrar-se na perspetiva de uma administração da justiça por particulares designados pelas partes.

A conjugação do impedimento de as partes acederem, em primeira instância, aos tribunais estaduais e da previsão, na legislação que cria um regime de arbitragem necessária, da irrecurribilidade ou recorribilidade com carácter excecional das decisões arbitrais para os tribunais estaduais, deixa os litigantes sem acesso ou com acesso limitado aos tribunais estaduais para o reexame de mérito da decisão sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo, circunstância que exige maiores garantias. O controlo de mérito das decisões proferidas por tribunais arbitrais necessários através da previsão de recurso daquelas para os tribunais estaduais providencia o acesso a estes últimos.

Desta forma, o Estado não renuncia à administração da justiça, nem se desresponsabiliza da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais.

Igualmente concordamos que o reexame de mérito das decisões arbitrais através de recurso para os tribunais estaduais não é possível através do recurso para o TC, o qual respeita a uma questão de constitucionalidade, ou da impugnação da decisão arbitral, a qual só é possível com os fundamentos previstos na LAV, isto é, nulidade da sentença e violação de lei processual ou outras questões formais¹⁰⁷.

Apesar de o acesso direto aos tribunais estaduais permanecer interdito, a previsão da possibilidade de recurso para reapreciação de mérito das decisões arbitrais para os tribunais estaduais concede uma forma de acesso a esses tribunais, permitindo ultrapassar a posição de desigualdade em que se encontram os litigantes forçados a recorrer à arbitragem devido à limitação do seu direito de escolha do modo de acesso à justiça.

Quanto à ofensa do princípio da igualdade decorrente dos custos da arbitragem remetemos para o ponto 7.

¹⁰⁷ Acórdão do TC n.º 230/2013, pág. 2795.

5. Competência legislativa para a criação de tribunais arbitrais

5.1. Inclusão das regras sobre organização e competência dos tribunais arbitrais na reserva parlamentar

O artigo 165.º consagra a reserva relativa de competência legislativa da AR, no âmbito da qual é da sua exclusiva competência legislar sobre as matérias enumeradas no n.º 1, do artigo 165.º, salvo autorização ao Governo, cuja competência legislativa inclui *«Fazer decretos-leis em matérias de reserva relativa da Assembleia da República, mediante autorização desta»*, nos termos da alínea b), do n.º 1, do artigo 198.º.

Concretamente sobre os tribunais, a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, estatui: *«Organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados, bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos»*.

Na redação inicial da Constituição, o atual artigo 165.º correspondia aos artigos 167.º e 168.º, estando a matéria sobre a organização e competência dos tribunais prevista na alínea j), do artigo 167.º. Com a Revisão Constitucional de 1982, os artigos 167.º e 168.º foram unificados no novo artigo 168.º, respeitando a alínea q) à organização e competência dos tribunais. Na Revisão Constitucional de 1989, na parte final do texto da alínea q), do n.º 1, do artigo 168.º, foi aditada a expressão *«bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos»*. Na Revisão Constitucional de 1997, adquiriu a atual numeração.

Há, então, que apurar se a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, quando se refere a *«tribunais»*, inclui também os tribunais arbitrais.

O atual n.º 1, do artigo 202.º define os tribunais como *«órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo»*. Na redação originária da Constituição, correspondia ao artigo 205.º, na Revisão Constitucional de 1989, foi aditado um novo artigo 205.º, encontrando-se a definição de tribunais no seu n.º 1, e na Revisão Constitucional de 1997, foi renumerado para 202.º.

O originário artigo 212.º, com a epígrafe «*Categorias de tribunais*», incluía:

- a) Tribunais judiciais de primeira instância e de segunda instância;
- b) Supremo Tribunal de Justiça;
- c) Tribunais militares;
- d) Tribunal de Contas; e
- e) Tribunais administrativos e fiscais.

Isto significa que incluía apenas os tribunais estaduais, existindo coerência entre a definição de tribunal como órgão de soberania apresentada pelo artigo 205.º e o elenco de tribunais do artigo 212.º.

Neste contexto, defendeu-se a existência de um monopólio jurisdicional em favor dos tribunais estaduais. Posição que não é sufragada pelo TC que, no seu Acórdão n.º 32/87¹⁰⁸, defende que *«nessa redacção inicial da Constituição não havia qualquer referência a “tribunais arbitrais”, apesar de no artigo 212.º já se enunciarem as diferenças “categorias de tribunais”. Do silêncio constitucional, porém, não era legítimo concluir pela sua inconstitucionalidade (...) nessa disposição da lei fundamental apenas se contemplavam os tribunais que eram “órgãos do Estado” (que se integravam na organização deste), mas sem com isso se pretender excluir outras formas de “realização” ou “administração da justiça”, tradicionalmente reconhecidas no nosso direito. De resto, assim mesmo acontecia no domínio de Constituição anteriores (cfr. artigo 56.º da Constituição de 1911, e sobretudo artigo 116.º da Constituição de 1933, onde a referência já não é ao “Poder Judicial”, mas à “Função Judicial” e genericamente aos “Tribunais”), sem que alguma vez se tivesse posto em dúvida a legitimidade dessas outras modalidades de jurisdição, ou seja, dos tribunais arbitrais, quer “voluntários”, quer “necessários”, e das normas, nomeadamente do Código de Processo Civil, que os contemplavam»*. Ao *«nosso direito era estranho (...) o princípio “monopólio estadual da função jurisdicional”, ou da exclusividade da “justiça pública”; e, assim sendo, não pode admitir-se que a Constituição, com o seu só silêncio que apenas prolongava*

¹⁰⁸ No mesmo sentido, os Acórdãos do TC n.ºs 86/87, pág. 4932, e 59/87, pág. 4854.

silêncios constitucionais anteriores, o tivesse querido consagrar (a esse tal princípio), invertendo radicalmente todo o sentido da tradição jurídica nacional».

Esta questão foi ultrapassada com a Revisão Constitucional de 1982. O artigo 205.º manteve a sua redação, mas o artigo 212.º sofreu alterações, passando a incluir os tribunais arbitrais no seu n.º 2.

As Revisões Constitucionais de 1989 e de 1997, renumeraram o artigo 212.º, respetivamente, para 211.º e 209.º.

Para determinar se os tribunais arbitrais podem ser enquadrados na alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, há que apurar se os mesmos podem ser considerados verdadeiros tribunais. Este aspeto assume importância a partir de 1982, quando a definição de tribunal apresentada pela Constituição não tem correspondência com as categorias de tribunais previstas no artigo 209.º. Isto porque os tribunais arbitrais não se enquadram na definição de «*órgãos de soberania que administram a justiça em nome do povo*».

a) Tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais

A Constituição dedica o seu Título V, da Parte III, aos Tribunais. O seu artigo 202.º, n.º 1, prescreve que «*Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*». A qualificação dos tribunais como órgãos de soberania está enquadrada com o determinado pelo n.º 1, do artigo 110.º, que consagra o «*princípio da tipicidade constitucional dos órgãos de soberania: só são órgãos de soberania aqueles que como tal são imediatamente criados e considerados pela Constituição*»¹⁰⁹, ou seja, os Tribunais, o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo.

De entre as categorias de tribunais previstas no artigo 209.º, no seu n.º 2, constam os tribunais arbitrais como categoria de tribunais constitucionalmente facultativos.

¹⁰⁹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 39.

Contudo, os tribunais arbitrais não se enquadram na qualificação constitucional dos tribunais como órgãos de soberania. O que podemos conferir através das definições apresentadas pela doutrina para órgãos de soberania.

Gomes Canotilho e Vital Moreira qualificam os órgãos como de soberania quando *«a eles são constitucionalmente atribuídos um certo número de “poderes soberanos” (cujo objecto é constituído pelas actividades dos órgãos que exercem esses poderes: legislativo, executivo, judicial, de direcção política e de revisão constitucional), que, no seu conjunto, integram a soberania interna do Estado»*, contribuindo *«decisivamente para a determinação da forma de governo adoptada pelo Estado em determinado momento histórico»*¹¹⁰.

Jorge Miranda considera órgãos de soberania *«aqueles que se ligam, necessária e primariamente, à soberania como poder próprio e originário do Estado»*, com os seguintes traços específicos:

- a) São *«órgãos primários, necessários e imprescindíveis para que o Estado exista como Estado (soberano) e sem os quais não pode funcionar»*;
- b) São *«órgãos definidores da forma política em concreto (forma de Estado, regime político, sistema de governo)»*;
- c) São *«órgãos comprometidos com a salvaguarda da ordem constitucional, os únicos que recebem funções de garantia das instituições e da própria subsistência do Estado»*¹¹¹.

Sobre a questão de apurar se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais debruçou-se o Acórdão do TC n.º 230/86.

Adotando a definição de tribunal dada por Marcello Caetano, segundo a qual *«tribunal é o órgão singular ou colegial que, a requerimento de alguém e procedendo*

¹¹⁰ *Ibidem*, págs. 39-40.

¹¹¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume II, 2.ª Edição revista, atualizada e ampliada, Universidade Católica Editora, 2018, pág. 282.

com imparcialidade e independência, segundo fórmulas preestabelecidas, possui autoridade para fixar a versão autêntica dos factos incertos ou controversos de um caso concreto a fim de determinar o Direito aplicável a esse caso em decisão com força obrigatória para os interessados»¹¹², conclui que o tribunal arbitral voluntário cabe na mesma.

Ademais, é um órgão que se constitui para exercer a função jurisdicional e praticar atos jurisdicionais tal como caracterizados por Afonso Queirós: *«o quid specificum do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe, mas é necessariamente praticado para resolver uma «questão de direito». Se, ao tomar-se uma decisão, a partir de uma situação de facto traduzida numa «questão de direito» (na violação do direito objectivo ou na ofensa de um direito subjectivo), se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa «questão de direito», então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo»*. O tribunal arbitral voluntário constitui um caso de exercício privado da função jurisdicional¹¹³.

Todavia, em certos aspetos, os tribunais arbitrais *«não são tribunais como os outros»*:

- a) Não são órgãos estaduais, sendo constituídos por vontade das partes;
- b) Não são órgãos permanentes, sendo constituídos para solucionar um determinado litígio;
- c) Os árbitros não são juizes de carreira não estando sujeitos, em alguns aspetos, ao estatuto destes; e
- d) Não são órgãos de soberania.

Mesmo não se enquadrando na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania, não deixam de ser tribunais para outros efeitos constitucionais, porquanto estão constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais, podendo existir outros tribunais para além dos classificados como órgãos de soberania.

¹¹² Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 1963, págs. 540-541.

¹¹³ Afonso Rodrigues Queirós, *Lições de Direito Administrativo*, Volume I, Coimbra, 1976, pág. 51.

A posição exposta foi acompanhada por outros arestos do mesmo Tribunal como, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 33/88, de 2 de fevereiro¹¹⁴, e 289/86, de 29 de outubro¹¹⁵. Este último acrescenta que não basta chamar tribunal a um órgão para que o seja. Haverá que atender à natureza intrínseca e à natureza das suas funções.

Porém, existem posições minoritárias como a do Conselheiro José Magalhães Godinho¹¹⁶, defendendo que o tribunal arbitral é assim designado «*por mera tradição e comodidade*», mas não é um tribunal «*no sentido técnico e próprio da palavra*». Justifica esta ideia por as decisões arbitrais não serem proferidas por magistrados, não serem executadas pelo próprio tribunal arbitral, os árbitros não serem nomeados nem remunerados pelo Estado, perante o tribunal arbitral não funcionar o Ministério Público, os conflitos que dirime serem tão só os que a ele sejam submetidos exclusivamente por lei especial, não estarem incluídos na orgânica dos tribunais, não estarem sujeitos ao Conselho Superior da Magistratura, não serem órgãos de soberania, não funcionarem em instalações próprias, não caberem na hierarquia dos tribunais e não administrarem a justiça em nome do povo.

Sintetizando, existem elementos que afastam os tribunais arbitrais dos tribunais estaduais:

- a) Os tribunais arbitrais:
 - i. Não são órgãos estaduais;
 - ii. Não são órgãos de soberania;
 - iii. Não administram a justiça em nome do povo;
 - iv. Têm competência declarativa, mas não têm competência executiva;
 - v. Em regra, não são permanentes;
 - vi. Não funcionam em instalações próprias;
 - vii. Não estão inseridos na organização do Estado;
 - viii. Não estão sujeitos ao Conselho Superior da Magistratura;

¹¹⁴ Processo n.º 300/87, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida, *in* DR n.º 43, I Série de 22.02.1988, págs. 593-597, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

¹¹⁵ Processo n.º 3/85, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, *in* DR n.º 5, II Série de 07.01.1987, pág. 234, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

¹¹⁶ Declaração de voto no Acórdão do TC n.º 33/88.

ix. Não têm representante do Ministério Público.

b) Os árbitros:

- i. Não são magistrados, juízes de carreira;
- ii. Não são nomeados pelo Estado;
- iii. Não são remunerados pelo Estado, mas sim pelas partes.

E elementos que aproximam:

a) O exercício da função jurisdicional;

b) A legitimidade constitucional, no caso dos tribunais arbitrais através do n.º 2, do artigo 209.º;

c) A equiparação entre a decisão arbitral e a decisão judicial plasmada no artigo 46.º, da LAV, sendo concedidos à sentença arbitral os dois efeitos principais conferidos à sentença de um tribunal estadual, caso julgado e força executiva. A sentença define-se num triplo critério:

- i. Orgânico – É um dos atos típicos do magistrado;
- ii. Funcional/intencional – É um ato de decisão;
- iii. Objetivo – É um ato de decisão de uma causa, isto é, quando se toma uma decisão de mérito sobre o objeto do processo.

A decisão arbitral equipara-se à sentença nos critérios funcional/intencional e objetivo, por ser um ato *«através do qual, administrando-se justiça, se decide a causa»*, mas não no critério orgânico, por dizer respeito a ato de um árbitro e não de um magistrado¹¹⁷.

b) Tese gradualista e tese expansiva ou formalista

¹¹⁷ Paula Costa Silva, *A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras*, in Revista da Ordem dos Advogados, Volume II, Ano 67, Lisboa, 2007, págs. 636, 637 e 639.

No tocante à inserção das regras sobre organização e competência dos tribunais arbitrais na reserva relativa de competência legislativa da AR, dedicar-nos-emos a duas teses perfilhadas pelo TC: gradualista e expansiva ou formalista.

i) Tese gradualista

Este entendimento proveio do voto vencido dos Conselheiros José Manuel Cardoso da Costa e Messias Bento junto ao Acórdão do TC n.º 230/86.

O identificado aresto declarou a inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho, que instituiu um novo enquadramento legal para a arbitragem voluntária e que revogou tacitamente o regime previsto no CPC.

O diploma, contendo algumas normas sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais, deveria ter sido emitido pelo Governo com autorização legislativa, o que não aconteceu, visto a matéria sobre a organização e competência dos tribunais pertencer à reserva relativa de competência legislativa da AR, nos termos da alínea q), do n.º 1, do artigo 168.º, atual alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º.

O TC afirmou que *«Estando os tribunais arbitrais voluntários expressamente incluídos entre as categorias de tribunais constitucionalmente facultativas, reconhecidos no n.º 2 do artigo 212.º da Constituição, tem de concluir-se que o artigo 168.º, n.º 1, alínea q), ao referir-se a tribunais, sem nenhuma exclusão ou especificação, não pode ter deixado de as abranger. De facto, a interpretação sistemática da lei fundamental impõe que os conceitos jurídicos utilizados na Constituição devam ser lidos com a dimensão e alcance que ela própria lhes dá. Se os tribunais arbitrais são uma das categorias de tribunais que a Constituição expressamente prevê, não existe nenhuma razão para que a norma do artigo 168.º, n.º 1, alínea q), seja lida de modo a abranger todas as categorias de tribunais excepto uma delas»*¹¹⁸.

¹¹⁸ Acórdão do TC n.º 230/86, pág. 2542.

Por conseguinte, não considera legítima a utilização da definição de tribunais incluída no artigo 205.º, atual n.º 1, do artigo 202.º, como instrumento de interpretação da alínea q), do n.º 1, do artigo 168.º. Em primeiro lugar, porque mesmo que os tribunais arbitrais não se enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania, não deixam de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, dado estarem inseridos nas categorias de tribunais constitucionalmente previstos. Em segundo lugar, a alínea q), do n.º 1, do artigo 168.º não faz qualquer distinção de tribunais e não sendo os tribunais arbitrais menos importantes, não existe razão para interpretar restritivamente a norma e comprimir a *«competência reservada da Assembleia da República a favor da livre competência legislativa do Governo (que não tem de ser privilegiada)»*¹¹⁹.

Os Conselheiros José Manuel Cardoso da Costa e Messias Bento concluem igualmente pela inconstitucionalidade orgânica do diploma, mas com fundamentos diversos dos expendidos no Acórdão. Sustentam que a reserva parlamentar abarca apenas os tribunais estaduais, mas isto não significa que seja *«legítimo ao Governo legislar, através de decretos-leis não autorizados, em toda a matéria relativa a tribunais arbitrais»*. Deste modo, a reserva da alínea q), do n.º 1, do artigo 168.º, *«ainda aí opera indirectamente, na medida em que exige uma intervenção da Assembleia da República sempre que a legislação sobre aqueles tribunais afecte ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais (...) naquele nível ou grau em que ela entra na reserva parlamentar - e que não será um qualquer. (...) a esse nível se situam seguramente as normas que, v. g., distribuiu a competência contenciosa entre as diferentes ordens de jurisdição estaduais, delimitem genericamente o respectivo âmbito material de competência ou ainda estabeleçam o tipo de conexão que há-de interceder entre os tribunais do Estado e os tribunais arbitrais»*.

Esta posição minoritária no Acórdão n.º 230/86, foi seguida nos Acórdãos do TC n.ºs 32/87, 59/87, 86/87, 33/88, e 33/96¹²⁰, mas desta vez para ser aplicada aos tribunais arbitrais necessários: *«sempre haverá de entender-se que a reserva da alínea j) do artigo 167.º [hoje do artigo 168.º, alínea q)] não pode deixar de operar quanto à legislação*

¹¹⁹ Acórdão do TC n.º 230/86, pág. 2542.

¹²⁰ De 17 de janeiro, Processo n.º 789/92, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, in DR n.º 102, II Série de 02.05.1996, págs. 5858-5863, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

*sobre tribunais arbitrais (voluntários ou necessários) sempre que essa legislação «afecte ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais».*¹²¹

ii) Tese expansiva ou formalista

Este entendimento decorre do Acórdão do TC n.º 114/98, de 4 de fevereiro¹²², quando afirma *«quer se trate de tribunal arbitral necessário (...) quer se trate de um mero tribunal arbitral voluntário, a verdade é que a sua criação e competência estão, em qualquer caso, submetidas à reserva relativa de competência da Assembleia da República»*.

Sustenta o Acórdão que esta orientação emerge dos Acórdãos do TC n.ºs 230/86, 32/87, e 86/87.

O Acórdão n.º 230/86, declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, o regime jurídico para a arbitragem voluntária instituído pelo Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de julho, o qual continha normas sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais que deveriam ter sido emitidas pelo Governo com autorização legislativa, o que não sucedeu, culminando numa invasão da reserva relativa de competência legislativa da AR.

O TC considerou que, por interpretação sistemática, a organização e competência dos tribunais arbitrais se encontra diretamente incluída na reserva parlamentar.

Os Acórdãos n.ºs 32/87, e 86/87, declararam a inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 296/82, de 28 de julho, por considerarem que a reserva parlamentar opera quanto à legislação sobre tribunais arbitrais, voluntários e necessários, sempre que essa legislação *«afecte ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais (...) naquele nível ou grau em que ela entra na reserva parlamentar»* como, por exemplo, as normas que *«distribuem a competência contenciosa entre as diferentes ordens de*

¹²¹ Acórdãos do TC n.ºs 32/87, pág. 4449, e 86/87, pág. 4933.

¹²² Processo n.º 529/97, Plenário, Relator: Conselheiro Ribeiro Mendes, in DR n.º 61, I-A Série de 13.03.1998, pág. 984, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

jurisdição estaduais, delimitem genericamente o respectivo âmbito material de competência, ou ainda estabeleçam o tipo de conexão que há-de interceder entre os tribunais de Estado e os tribunais arbitrais».

No contexto destes arestos, foi considerado que as alterações introduzidas pelo artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 296/82, ao artigo 49.º, das CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43335, de 19.11.1960, contendiam com, ou incorporavam manifestamente a regulamentação de matérias que tinham a ver com a definição da competência dos tribunais estaduais, nomeadamente: os novos termos em que se enunciavam a competência da comissão arbitral, a expressa caracterização da comissão como tribunal arbitral necessário, a definição da força jurídica das suas decisões e a exclusão de qualquer possibilidade de recurso destas últimas.

Concluímos que o Acórdão n.º 230/86 é o único que inclui diretamente as regras sobre organização e competência dos tribunais arbitrais na reserva parlamentar em consonância com o entendimento expendido no Acórdão n.º 114/98, uma vez que os Acórdãos n.º 32/87, e 86/87, adotam a tese gradualista, sendo as referidas regras inseridas apenas indiretamente na reserva parlamentar.

Também mencionado no Acórdão n.º 114/98, o Acórdão do TC n.º 33/96, aprecia a constitucionalidade do artigo 36.º, do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de outubro, o qual procede à criação de uma comissão arbitral especial para resolução de conflitos entre senhorios e arrendatários respeitantes à fixação definitiva dos aumentos de renda decorrentes das atualizações anuais legalmente previstas. Este Acórdão respeita à criação e não à organização e competência dos tribunais arbitrais, mas, independentemente disso, concluiu pela inconstitucionalidade orgânica do referido preceito por a criação da dita comissão ter retirado aos tribunais estaduais uma parcela do âmbito material de competência. Isto é, a criação de tribunais arbitrais é inserida na reserva parlamentar de forma indireta por interferir com a competência dos tribunais estaduais.

Mais recentemente, acompanhando a posição do Acórdão n.º 114/98, o Acórdão do TC n.º 102/2016, de 23 de fevereiro¹²³, argumenta que:

«o objetivo da “tese gradualista” era (...) fazer ingressar os tribunais arbitrais «na zona de reserva de competência da Assembleia da República mas de modo indireto ou reflexo e com conta, peso e medida».

15. Sucede que a revisão constitucional de 1989 introduziu uma alteração na, hoje, alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP. No artigo delimitador da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, onde se referia a «organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respetivos magistrados» acrescentou-se «bem como das entidades não jurisdicionais de composição de conflitos».

Através desta alteração, «torna-se inequívoca a competência reservada da AR quanto à organização e competência de entidades não jurisdicionais de composição de conflitos (...), como os tribunais arbitrais e comissões arbitrais, e outras instâncias afins (...) (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição revista, Coimbra, 1993, p.675; no mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra, 2007, p.117)¹²⁴.

(...)

Quer isto dizer que a tentativa da tese gradualista de salvar da inconstitucionalidade orgânica quaisquer decretos-leis não autorizados do Governo em matéria de organização e competência de tribunais arbitrais deixou de fazer sentido: a instituição de uma nova instância arbitral necessária para resolução de litígios, fora do âmbito de imprescindível e adequada autorização legislativa, é causa do vício de inconstitucionalidade orgânica, por violação do disposto na alínea p) do n.º 1 do artigo 165º da CRP».

O mesmo pensamento é assumido por Miguel Galvão Teles, ao entender que o problema originado pelas duas teses apresentadas, gradualista e expansiva, foi resolvido com a alteração do texto da alínea p), do n.º 1, do artigo 168.º, introduzida pela Revisão Constitucional de 1989, e que o dispositivo constitucional *«abrange agora não apenas a*

¹²³ Processo n.º 676/15, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers, in DR n.º 61, II Série de 29.03.2016, pág. 10595, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

¹²⁴ Atualmente J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 332.

organização e competência dos tribunais e outras matérias já nele antes referidas, como ainda a organização e competência “das entidades não jurisdicionais de composição de litígios”. Se a organização e competência destas últimas entidades é reservada à Assembleia da República, por maioria da razão o há-de ser o regime de organização e competência dos tribunais arbitrais – que são entidades jurisdicionais»¹²⁵.

De qualquer forma, quer se entenda que a reserva de competência parlamentar abrange diretamente todos os tribunais, quer se entenda que abrange apenas os tribunais com natureza de órgãos de soberania, o resultado será o mesmo em qualquer raciocínio, dado que a *«definição da competência dos tribunais arbitrais limita a competência dos tribunais órgãos de soberania»¹²⁶.*

c) Posição adotada

Os tribunais arbitrais, apesar de não serem órgãos de soberania, são verdadeiros tribunais, pois a Constituição não consagra um monopólio jurisdicional do Estado e confere legitimidade àqueles tribunais através do n.º 2, do artigo 209.º. Ademais, exercem uma função jurisdicional, ou seja, os seus árbitros são privados a quem são atribuídos poderes para, com independência e imparcialidade, praticarem um ato de decisão da causa com força obrigatória para as partes, e as suas decisões produzem os mesmos efeitos das sentenças emitidas pelos tribunais estaduais, caso julgado e força executiva.

O facto de os tribunais arbitrais não possuírem competência para executarem as suas decisões e de estas poderem ser apreciadas em sede de recurso por tribunais estaduais, dependendo, assim, da assistência e controlo destes últimos, não invalida o exercício da função jurisdicional.

Quanto à inserção das regras sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais na reserva parlamentar, concordamos que, após a Revisão Constitucional de

¹²⁵ Miguel Galvão Teles, *A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume III, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 266-267, nota 50.

¹²⁶ *Idem*, *Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais*, in Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume I, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pág. 647.

1989, a discussão entre as teses gradualista e expansiva perdeu importância. Ora, se a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, abrange entidades não jurisdicionais de composição de conflitos, por maioria de razão, também abrangerá os tribunais arbitrais que são entidades jurisdicionais como os restantes tribunais, encontrando-se as regras sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais incluídas na reserva parlamentar.

Sem prejuízo da alteração registada, sempre entenderíamos que as normas sobre organização e competência dos tribunais arbitrais estariam diretamente abrangidas pela reserva de competência da AR.

Referindo-se a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º a «*tribunais*» sem qualquer especificação, não vemos razão para se proceder a distinções entre tribunais. Primeiro, porque consideramos os tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais. Segundo, a Constituição, no seu artigo 209.º, elenca os tribunais constitucionalmente legitimados, entre eles, os tribunais arbitrais. Assim, por interpretação sistemática, a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, deverá abranger quer tribunais estaduais, quer tribunais arbitrais.

Podemos argumentar que o n.º 1, do artigo 202.º, define tribunais como órgãos de soberania e os tribunais arbitrais não o são, mas este dispositivo ao referir-se a tribunais como órgãos de soberania só pretenderá abranger os tribunais estaduais e já verificámos que estes tribunais não são os únicos legitimados pela Constituição.

5.2. Inclusão do ato de criação de um tribunal arbitral na reserva parlamentar

«Problemática é a questão de saber se a criação e extinção de cada tribunal em concreto é reserva da Assembleia da República, ou se pertence ao Governo»¹²⁷.

Do texto da alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, verificamos que, especificamente quanto aos tribunais, este preceito apenas se refere à organização e competência dos mesmos. Ora, nem o ato de extinção, *«nem o acto de “criação” de um tribunal (ordinário ou arbitral) figura no preceito constitucional, nem a noção de criação integra a título necessário os conceitos de “organização” e “competência” dos tribunais, os quais respeitam, respectivamente, à estrutura e funcionamento e aos poderes funcionais dos órgãos previamente criados»¹²⁸.*

O Acórdão do TC n.º 658/2006, de 28 de novembro¹²⁹, identifica «organização dos tribunais» com o que a «Constituição trata sob a designação de “categorias de tribunais”» e «competência» com o «sentido que a expressão tem na doutrina processualista: a “... medida de jurisdição atribuída a cada tribunal” (Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, I vol, Lisboa 1979, pág. 405), “... as normas definidoras dos critérios que presidem à distribuição do poder de julgar entre os diferentes tribunais” (Antunes Varela/Miguel Bezerra/Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra 1985, pág. 195), ideia esta que sai confirmada da leitura das referências à “competência” de tribunais, contidas em diversas disposições constitucionais [v. artigos 213.º (quanto aos tribunais judiciais), 214.º, n.º 3 (quanto aos tribunais administrativos e fiscais), 215.º (quanto aos tribunais militares), 216.º, n.º 1, (quanto ao Tribunal de Contas) e 225.º (quanto ao Tribunal Constitucional)]».

Não será discutível que o ato de criação concreta de um tribunal deverá ser realizado por ato legislativo, porquanto os tribunais estão previstos como categoria de tribunais através do n.º 2, do artigo 209.º, e o n.º 3, do mesmo preceito, estabelece que «A

¹²⁷ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 332.

¹²⁸ Carlos Blanco de Moraes, Parecer de 05.09.2012, pág. 12.

¹²⁹ Processo n.º 292/06, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, in DR n.º 6, II Série de 09.01.2007, pág. 537, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, separada ou conjuntamente, em tribunal de conflitos».

Do mesmo modo, Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que *«depende em boa parte da lei a própria constituição e criação de tribunais, não apenas de cada tribunal nas categorias complexas (tribunais judiciais, etc.), mas também quanto a certas categorias de tribunais, cuja existência é constitucionalmente facultativa, como sucede com os tribunais marítimos e os tribunais arbitrais (n.º 2) (...) A competência para a criação de cada tribunal em concreto não é definida pela Constituição – certo é que não consta da competência política ou legislativa reservada à A R (arts. 161.º, 164.º e 165.º) –, e o mesmo se verifica quanto à forma de tais actos (embora não seja admissível outra que não a de lei)»*¹³⁰.

O Acórdão do TC n.º 114/98, sustenta que, quer se trate de tribunais arbitrais voluntários, quer se trate de tribunais arbitrais necessários, a sua *«criação e competência estão, em qualquer caso, submetidas à reserva relativa de competência da Assembleia da República»*.

Para motivar a sua posição este Acórdão, como vimos anteriormente na alínea ii) do ponto 5.1., invoca o exposto noutros Acórdãos do TC, mas essa poderá não terá sido a melhor opção. Vejamos.

O Acórdão n.º 230/86, incluiu as normas sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais na reserva de competência legislativa da AR, através da interpretação sistemática da Constituição: sendo os tribunais arbitrais uma das categorias de tribunais constitucionalmente previstas, não existe razão para que a alínea q), do n.º 1, do artigo 168.º, atual alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, compreenda todas as categorias de tribunais, salvo uma delas. Porém, neste Acórdão, nada é dito acerca da inserção ou não do ato de criação de tribunal arbitral na reserva parlamentar.

Os Acórdãos n.ºs 32/87, 86/87, e 33/96, seguem a tese gradualista, o que significa que a legislação sobre tribunais arbitrais, voluntários e necessários, apenas será

¹³⁰ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, págs. 541-542.

abrangida pela reserva parlamentar quando afete ou contenda com a definição da competência dos tribunais estaduais num determinado nível ou grau.

De entre os Acórdãos invocados, o Acórdão n.º 33/96 é aquele que efetivamente aprecia a constitucionalidade de uma norma emitida pelo Governo que procede à criação de um tribunal arbitral específico. Julgou a norma organicamente inconstitucional por o ato de criação interferir na definição da competência dos tribunais estaduais, limitando-a, atendendo que retirou dessa competência o conhecimento de eventuais conflitos entre senhorios e arrendatários; por a definição da competência dos tribunais estaduais caber na reserva parlamentar; e por o Governo não dispor de autorização legislativa. Mas não abordou se o ato de criação, por si só, de um tribunal arbitral integra o âmbito da reserva parlamentar, a par da organização e competência¹³¹.

Portanto, as decisões de inconstitucionalidade proferidas no âmbito dos Acórdãos n.ºs 32/87, 86/87, e 33/96, não decorreram do simples ato de criação do tribunal arbitral, mas do grau em que um Decreto-Lei não autorizado afetou a definição da competência dos tribunais estaduais.

A posição expendida no Acórdão n.º 114/98, é também a adotada por Jorge Miranda, pois *«a criação de tribunais arbitrais por via legislativa é matéria de reserva relativa de competência da Assembleia da República (...), sendo organicamente inconstitucional a criação de um tribunal arbitral por decreto-lei sem que a respectiva lei de autorização legislativa tenha autorizado o Governo a criar o dito tribunal(Acórdão n.º 33/96 e Acórdão do plenário n.º 114/98)»*¹³². Mas não fundamenta a inconstitucionalidade invocada e nem faz referência à limitação da competência dos tribunais estaduais.

No sentido do ato de criação de um tribunal arbitral necessário integrar a reserva parlamentar, Paulo Castro Rangel defende que os tribunais arbitrais necessários só são legítimos se regularmente instituídos pelo órgão constitucional competente, isto é, pela AR ou pelo Governo sob autorização desta. Fundamentando a sua posição na delimitação

¹³¹ Neste sentido, Carlos Blanco de Moraes, Parecer de 05.09.2012, págs. 20-21.

¹³² Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 117.

negativa da competência dos tribunais do Estado derivada da exclusão, no contexto da arbitragem necessária, da possibilidade das partes recorrerem a esses tribunais¹³³.

Paulo Otero considera que *«Não deixa de suscitar alguma controvérsia a discussão em torno de saber se tais diplomas legais que criam arbitragem obrigatória, subtraindo imperativamente o conhecimento de tais matérias aos tribunais administrativos de círculo, uma vez que envolvem uma derrogação ou excepção à competência destes tribunais cuja definição normativa integra a esfera de competência legislativa da reserva relativa da Assembleia da República (CRP, artigo 165.º, n.º 1, alínea p)), deverão sempre exigir uma específica autorização legislativa ao Governo para o efeito»*¹³⁴.

Também Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que se justifica a reserva parlamentar, pois embora a jurisdição arbitral não seja *«como a jurisdição estatal, objecto directo da organização dos tribunais, limitando-se a constituição a prevê-la, nem por isso deixam de existir problemas relacionados com o seu regime legal, desde logo com a existência de reserva da AR. Dada a sua conexão material com o direito de acesso à justiça, e, consequentemente, com os direitos, liberdades e garantias, com a competência dos outros tribunais (cfr. AcTC nº 230/86), com a posição jurídica dos juizes arbitrais, sobretudo no que respeita à sua composição, e às exigências de imparcialidade e inamovibilidade (no processo arbitral concreto), justifica-se a existência de reserva relativa da AR (cfr. AcsTC nºs 52/92 e 259/97)»*¹³⁵.

Blanco de Moraes¹³⁶ apresenta uma diferente visão sobre esta questão. Reconhece que o ato de criação específica ou singular de um tribunal importa sempre uma conexão com a definição da competência de outros tribunais. A sujeição de um determinado litígio a tribunal arbitral atribui competência a este para julgar o litígio em primeira instância, com *«preclusão dos tribunais estaduais que são, em abstracto,*

¹³³ Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, pág. 297.

¹³⁴ Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 3.ª Reimpressão da edição de maio de 2003, Coimbra, Almedina, 2017, pág. 1057, nota 858.

¹³⁵ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 552.

¹³⁶ Carlos Blanco de Moraes, Parecer de 05.09.2012, págs. 37-53; *Idem*, *Apontamento sobre a Submissão de Litígios à arbitragem Necessária*, in Newsletter CAAD-n.º 1, 2013, págs. 12 a 16, consultado em 21.05.2019, disponível em https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_caad_n1_2013.

titulares de uma competência universal sobre a composição desse litígio, de acordo com um princípio geral de Direito Processual Civil».

Essa conexão pode ser direta ou reflexa e apresentar diferentes níveis de intensidade: a criação de um tribunal arbitral específico não altera automaticamente as regras sobre a competência e organização dos tribunais arbitrais; e não é bastante para interferir no conteúdo essencial da definição de competência dos tribunais estaduais qualquer modalidade de afetação da competência geral dos tribunais derivada da criação de um tribunal arbitral necessário.

Assim serão incluídas na reserva parlamentar as regras providas de maior novidade e essencialidade política sobre dada matéria que, no caso da arbitragem, consistem em:

- a) Legislação genérica – Normas da LAV que prevê o regime geral da arbitragem voluntária e normas do CPC que, direta ou remissivamente, disciplinam a arbitragem;
- b) Legislação especial ou singular – Normas especiais que substituam, derroguem ou desapliquem as regras constantes dos regimes gerais de arbitragem, para tutelar inovatoriamente situações específicas ou singulares.

Isto porque, nesta matéria, existe uma «cadeia normativa» composta pelo(a):

- a) Princípio geral da competência universal dos tribunais estaduais;
- b) Legislação genérica que regula a organização e competência dos tribunais arbitrais; e
- c) Legislação especial que cria tribunais arbitrais ao abrigo da legislação genérica.

A aplicação do princípio geral da competência universal dos tribunais estaduais é suscetível de ser afastada pela aplicação da legislação genérica sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais, composta pelas normas da LAV e pelas normas do

CPC respeitantes à arbitragem. Por isso, essa legislação genérica deve constar da reserva parlamentar.

A legislação genérica assume um caráter especial face ao princípio geral da competência universal dos tribunais estaduais e assume um caráter geral face à legislação especial que institua ou regule formas de arbitragem para situações determinadas.

Quanto à legislação especial ou singular, nem todas as suas normas integram a reserva parlamentar de lei. Se:

a) A legislação especial ou singular criar uma instância arbitral para julgar certo tipo de litígios dentro do quadro de legislação genérica já previamente estabelecida, ou seja, não estabelece qualquer regra sobre organização, processo ou competência do tribunal arbitral, não contende com a definição da competência dos tribunais estaduais e não integrará a reserva parlamentar;

b) A legislação especial ou singular que cria uma instância arbitral para julgar certo tipo de litígios contém regras que afastam a legislação genérica, criando um regime particular, contende com a definição da competência dos tribunais estaduais e integrará a reserva parlamentar.

Nesta sequência, é constitucionalmente admissível um Decreto-Lei não autorizado que crie uma instância arbitral necessária no exato contexto ou nos termos do regime previsto na legislação geral da arbitragem e que remeta para esse regime. Mas é constitucionalmente inadmissível um Decreto-Lei não autorizado que crie uma instância arbitral necessária e simultaneamente determine as normas de competência do tribunal arbitral e as regras de organização e processo¹³⁷.

Na primeira situação, encontra-se o n.º 3, do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro, com o teor «*Na falta de acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo, o litígio resolver-se-á por via arbitral, nos termos da lei*».

¹³⁷ Carlos Blanco de Moraes, *Vicissitudes constitucionais da arbitragem necessária em Portugal*, in Revista Consultor Jurídico, 23.06.2018, consultado em 21.05.2019, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-23/observatorio-constitucional-vicissitudes-constitucionais-arbitragem-necessaria-portugal>, pág. 2.

Trata-se de uma norma especial que ao criar uma instância arbitral necessária contende indiretamente com o princípio da competência universal dos tribunais estaduais. Indiretamente porque, ao remeter para os termos da lei, se limita a mover no âmbito da legislação geral composta pelas normas da LAV e do CPC em matéria de arbitragem, e a concretizar um princípio-regra de admissibilidade de submissão necessária de um dado litígio a uma instância arbitral através de lei especial, consagrado no artigo 1028.º, do CPC. Esta última norma é a que serve de fundamento do n.º 3, do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 333/97, e que afeta diretamente a competência dos tribunais estaduais, integrando, por isso, a reserva parlamentar.

Ainda assim, o n.º 3, do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 333/97, é uma lei especial que ao criar uma instância arbitral necessária afeta, mesmo que indiretamente, a competência dos tribunais estaduais. Contudo, o grau de afetação é mínimo valorado à luz do princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de adequação e justa medida¹³⁸.

a) Posição adotada

O ato de criação de um tribunal não consta do teor literal da alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, e o mesmo não se identifica com os conceitos de organização e competência, isto é, não se refere à estrutura e às categorias de tribunais e não se refere aos poderes de julgar de cada tribunal. Contudo a criação de um tribunal específico interfere sempre com a definição da competência dos restantes tribunais.

A admissibilidade constitucional da arbitragem resulta do pelo n.º 2, do artigo 209.º, ao permitir a existência de tribunais arbitrais pelo n.º 2, do artigo 209.º, não operando qualquer distinção entre voluntários e necessários. As normas da LAV, quanto à arbitragem voluntária, e dos artigos 1082.º a 1085.º, do CPC, quanto à arbitragem necessária, conferem um enquadramento legal à arbitragem, no qual fixam as regras de organização, processo e competência, e, por isso, devem integrar a reserva relativa de competência legislativa da AR.

¹³⁸ Carlos Blanco de Moraes, Parecer de 18.07.2015, policopiado, págs. 69-70.

Efetivamente o artigo 1082.º, do CPC, prevê a circunstância de o julgamento arbitral ser prescrito por lei especial e define qual o regime legal aplicável, que corresponderá ao determinado nessa lei ou, na falta de determinação, ao disposto nos artigos 1083.º a 1085.º, do CPC. Porém, é com a lei especial que procede à criação da instância arbitral necessária, mesmo que esta se limite à criação de um tribunal arbitral necessário nos termos da legislação geral sobre arbitragem sem nada dispor sobre organização, competência e processo, que se concretiza a retirada da resolução de determinado tipo de litígios do âmbito da competência dos tribunais estaduais, os quais seriam os tribunais normalmente competentes, e a atribuição dessa competência a um tribunal arbitral necessário, afetando, assim, a definição da competência dos tribunais estaduais. Pelo que, o ato de criação de um tribunal arbitral específico deverá integrar a reserva parlamentar.

6. Direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

O direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva está consagrado na Parte I, intitulada «*Direitos e deveres fundamentais*», Título I epigrafiado «*Princípios gerais*», artigo 20.º, da Constituição, no artigo 10.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e no artigo 6.º, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

Consubstancia-se em ninguém poder ser privado de levar a sua causa, relacionada com a defesa de direito ou interesse legalmente protegido, e não apenas de direitos fundamentais, à apreciação de um tribunal. Daqui decorre a natureza de direito fundamental independentemente da sua recondução a direito, liberdade e garantia ou a direito análogo dos direitos, liberdades e garantias¹³⁹.

Constitui uma garantia da proteção de outros direitos fundamentais e tem a natureza de «*direito legalmente conformado*», pois carece de conformação através da lei, e de «*direito prestacionalmente dependente*», colocando a cargo do Estado a obrigação de disponibilizar aos «*indivíduos – nacionais ou estrangeiros, pessoas individuais ou coletivas – uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efectiva*»¹⁴⁰.

Porque não basta garantir um direito de acesso aos tribunais, sendo necessária a efetividade da tutela disponibilizada pelos mesmos, o legislador deverá criar «*tipos de ações ou recursos adequados, tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou ação à disposição do cidadão*» e abster-se de criar «*dificuldades excessivas e materialmente injustificadas no direito de acesso aos tribunais*» e «*situações de indefesa originadas por conflitos de competência negativos entre tribunais*»¹⁴¹.

A sua violação tem sido o fundamento mais recorrente para a inconstitucionalidade de regimes de arbitragem necessária como o regime legal do TAD, a Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que criou um regime de composição de litígios

¹³⁹ J. J. Gomes Canotilho e Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, pág. 408.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 408.

¹⁴¹ *Ibidem*, pág. 416.

emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, na sua redação inicial, e as CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43335, de 19.11.1960, que criaram uma comissão de peritos para decidir sobre as dúvidas ou divergências entre o consumidor e o distribuidor de energia em alta tensão sobre a execução ou a interpretação das disposições das condições gerais, do caderno de encargos da concessão ou da apólice aprovada.

Sendo a arbitragem necessária um modo de resolução de conflitos imposta pelo legislador aos interessados, ficando estes impedidos de aceder à jurisdição estadual e à arbitragem voluntária, o que constitui uma restrição à autonomia privada de pessoas singulares e coletivas, são exigidas outro tipo de garantias.

Haverá, então, que averiguar se alguns regimes legais que instituem uma instância arbitral necessária asseguram essas garantias.

6.1. Regime de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos

A Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, criou o regime de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, e sofreu a primeira alteração através do Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, o qual revogou o regime de arbitragem necessária constante na versão originária do diploma para instituir um regime com a opção entre o recurso à arbitragem voluntária ou ao TPI.

Como o presente trabalho se foca na arbitragem necessária, iremos abordar algumas questões sobre a constitucionalidade do regime de arbitragem necessária instituído pela versão originária da Lei n.º 62/2011, apesar de não ser o regime atualmente em vigor. Assim, a referência aos dispositivos da Lei n.º 62/2011, realizada ao longo deste excursus, reporta-se à redação inicial deste diploma legal.

Antes de mais, a arbitragem necessária foi instituída para este tipo de litígios devido ao estrangulamento dos tribunais judiciais com as ações judiciais propostas pelos titulares de patente sobre medicamentos de referência, impugnando os atos de concessão de autorização de introdução no mercado e de aprovação do preço de venda ao público relativos a medicamentos genéricos, com fundamento na violação de direitos de patente sobre medicamento de referência.

Inicialmente essas ações, nomeadamente providências cautelares, foram propostas no Tribunal do Comércio de Lisboa. Posteriormente, para fugir da morosidade e elevada pendência daquele tribunal, os titulares de patentes passaram a impugnar os referidos atos junto dos tribunais administrativos¹⁴².

Este comportamento atrasava a introdução dos medicamentos genéricos no mercado, impossibilitava uma poupança significativa para o Estado e para os consumidores de medicamentos, e originava inúmeras pendências nos tribunais estaduais.

¹⁴² Sofia Ribeiro Mendes, *op. cit.*, pág. 1013.

Fatores de estrangulamento ocorridos em vários países membros da União Europeia e que não passaram despercebidos no Relatório do Inquérito da Comissão Europeia ao Sector Farmacêutico¹⁴³.

Nessa sequência, o Conselho de Ministros aprovou a Proposta de Lei n.º 13/XII, de 01.09.2011, para dar cumprimento aos compromissos assumidos no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica firmado pelo Governo Português com o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, em 17.05.2011, «*contribuindo para a criação de condições de sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde e de acesso dos utentes a medicamentos a custos comportáveis, bem como para o desenvolvimento dos meios alternativos de composição de litígios*»¹⁴⁴, a qual veio dar origem à Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro.

a) Regime jurídico da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, versão originária

Para começar, cumpre elucidar sobre o procedimento de autorização de introdução no mercado de medicamento regulado pelo Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano¹⁴⁵.

«*A comercialização de medicamentos no território nacional está sujeita a autorização do órgão máximo*» do INFARMED – n.º 1, do artigo 14.º, do RJMUH.

Essa autorização «*é concedida a requerimento do interessado, dirigido ao presidente do órgão máximo do INFARMED*», instruído com os dados e acompanhado dos elementos e documentos previstos no artigo 15.º, do RJMUH.

¹⁴³ Relatório do Inquérito da Comissão Europeia ao Sector Farmacêutico, consultado em 21.05.2019, disponível em http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pt.pdf, pág. 16.

¹⁴⁴ Proposta de Lei n.º 13/XII, consultada em 21.05.2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36428>, pág. 4.

¹⁴⁵ Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação dada pelos seguintes diplomas: Retificação n.º 73/2006, de 26 de outubro; Decreto-Lei n.º 182/2009, de 7 de agosto; Decreto-Lei n.º 64/2010, de 9 de junho; Decreto-Lei n.º 106-A/2010, de 1 de outubro; Lei n.º 25/2011, de 16 de junho; Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro; Lei n.º 11/2012, de 8 de março; Decreto-Lei n.º 20/2013, de 14 de fevereiro; Decreto-Lei n.º 128/2013, de 3 de setembro; Retificação n.º 47/2013, de 4 de novembro; Lei n.º 51/2014, de 25 de agosto; Decreto-Lei n.º 5/2017, de 6 de janeiro; e Decreto-Lei n.º 26/2018, de 24 de abril.

No prazo de 10 dias, o INFARMED verifica a *«regularidade da apresentação do requerimento e, quando for caso disso, dos elementos comprovativos da aplicação do disposto nos artigos 19.º a 22.º, podendo solicitar ao interessado que forneça, no prazo que fixar para o efeito, os elementos e os esclarecimentos que sejam considerados necessários»* – artigo 16.º, do RJMUH.

Os pedidos de autorização ou registo de introdução no mercado de medicamento genérico são publicados na página eletrónica do INFARMED – n.º 1, do artigo 15.º-A, do RJMUH.

O prazo para decisão é de *«210 dias, contados da data da receção de um requerimento válido»* – artigo 23.º, do RJMUH.

A concessão desta autorização e o respetivo procedimento administrativo tem como único objeto a apreciação da qualidade, segurança e eficácia do medicamento, e não qualquer apreciação da existência de eventuais direitos de propriedade industrial – n.ºs 1 e 2, do artigo 23.º-A, do RJMUH. Nessa sequência, o pedido de autorização *«não pode ser indeferido com fundamento na eventual existência de direitos de propriedade industrial»* – n.º 2, do artigo 25.º, do RJMUH. E a alteração, suspensão e revogação da autorização não pode ocorrer com fundamento na possível violação de direitos de propriedade industrial – n.º 2, do artigo 179.º, do RJMUH.

Na missão do INFARMED não se encontra incluída a apreciação da eventual existência de direitos de propriedade industrial, mas sim *«regular e supervisionar os sectores dos medicamentos de uso humano e dos produtos de saúde, segundo os mais elevados padrões de protecção da saúde pública, e garantir o acesso dos profissionais da saúde e dos cidadãos a medicamentos e produtos de saúde de qualidade, eficazes e seguros»*, nos termos do n.º 2, do artigo 3.º, do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro¹⁴⁶, que aprova a orgânica do INFARMED.

¹⁴⁶ Na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 97/2015, de 1 de junho.

Pelo n.º 1, do artigo 3.º, do Decreto-Lei n.º 147/2012, de 12 de julho, que aprova a orgânica do INPI, é a este que cabe a missão de promover e proteger a propriedade industrial a nível nacional e internacional.

Ora, a patente confere ao seu titular o direito exclusivo de explorar a invenção e o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a oferta, a armazenagem, a colocação no mercado ou a utilização de um produto objeto de patente, ou a importação ou posse do mesmo, para algum dos fins mencionados, nos termos dos n.ºs 1 e 2, do artigo 102.º, do CPI. Como aponta o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2013, de 9 de janeiro¹⁴⁷, o titular da patente tem o direito de impedir a comercialização do medicamento, enquanto a sua patente não caducar. Mas não de impedir terceiros de iniciar o procedimento para concessão de autorização de introdução no mercado, existindo, no RJMUH, uma clara distinção entre a concessão de autorização de introdução no mercado da competência do INFARMED, constante no Capítulo II, artigos 14.º a 54.º, e a comercialização de medicamentos da exclusiva responsabilidade do titular da autorização, prevista no Capítulo IV, artigos 77.º a 103.º.

A Lei n.º 62/2011, no seu artigo 2.º, submetia à arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada, os *«litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência (...) e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de protecção»*.

O interessado que pretendesse invocar o seu direito de propriedade industrial deveria fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada, no prazo de trinta dias a contar da publicitação prevista no artigo 15.º-A, do RJMUH – n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

O artigo 15.º-A, do RJMUH, aditado pelo artigo 5.º, da Lei n.º 62/2011, determina a publicação pelo INFARMED, na sua página eletrónica, de todos os pedidos

¹⁴⁷ Processo n.º 771/12, 1.ª Secção, in DR n.º 20, I Série de 29.01.2013, pág. 580, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

de autorização ou registo de introdução no mercado de medicamentos genéricos. Essa publicação deverá ter lugar no prazo de cinco dias após o decurso do prazo de dez dias concedido ao INFARMED, para verificar a regularidade da apresentação do requerimento e, sendo caso disso, dos elementos comprovativos da aplicação do disposto nos artigos 19.º a 22.º, podendo solicitar ao interessado que forneça, no prazo que fixar para o efeito, os elementos e os esclarecimentos que sejam considerados necessários. Os dados constantes na publicação são:

- a) Nome do requerente da autorização de introdução no mercado;
- b) Data do pedido;
- c) Substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento;
- d) Medicamento de referência.

Com os respetivos articulados, as partes deveriam oferecer as provas – n.º 3, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

Não deduzida contestação no prazo de 30 dias após notificação para o efeito pelo tribunal arbitral, o requerente de autorização ou registo de introdução no mercado do medicamento genérico não poderia iniciar a sua exploração industrial ou comercial na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados – n.º 2, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

Deduzida contestação, era designada data e hora para a audiência de produção da prova a ser produzida oralmente – n.º 4 –, que teria lugar no prazo máximo de 60 dias posteriores à apresentação da oposição – n.º 5, ambos do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

A falta de dedução de contestação ou a decisão arbitral era notificada, por meios eletrónicos, às partes, ao INFARMED, e ao INPI, o qual procede à sua publicitação no Boletim da Propriedade Industrial – n.º 6, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

Da decisão arbitral cabia recurso para o Tribunal da Relação competente, com efeito meramente devolutivo – n.º 7, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

Como legislação supletiva, era aplicável o regulamento do centro de arbitragem, institucionalizado ou não institucionalizado, escolhido pelas partes e, subsidiariamente, o regime geral da arbitragem voluntária – n.º 8, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

Perante este regime, foram suscitadas algumas dúvidas de constitucionalidade adiante expostas.

b) Proibição de indefesa

O direito de defesa e o princípio do contraditório apenas se encontram constitucionalmente consagrados no âmbito do processo penal, mas apresentam-se como normas de alcance geral decorrentes do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo.

Do seu conteúdo resulta que cada uma das partes, em condições de igualdade, deve poder exercer uma influência efetiva no desenvolvimento do processo, podendo apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes de o tribunal decidir questões que lhes digam respeito, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras¹⁴⁸.

Após a publicitação do pedido de autorização ou registo de introdução no mercado de medicamento genérico pelo INFARMED, o interessado que pretenda invocar a violação do seu direito de propriedade industrial deve fazê-lo, no prazo de trinta dias, junto de tribunal arbitral, segundo o n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011.

O demandado pode contestar em igual prazo, sob pena de, não o fazendo, ficar impedido de iniciar a exploração comercial ou industrial do medicamento genérico objeto do pedido de autorização ou registo de introdução no mercado que formulara, conforme o n.º 2, do mesmo artigo.

¹⁴⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.ª Edição revista, Universidade Católica Editora, 2017, pág. 194; Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, pág. 531.

Na contestação, caberá a defesa por impugnação e por exceção, nos termos do n.º 1, do artigo 571.º, do CPC.

Poderá o demandado, no processo arbitral, invocar a invalidade da patente, como meio de defesa, por exceção?

O n.º 1, do artigo 34.º, do CPI, prevê que a declaração de nulidade ou anulação da patente só pode resultar de decisão judicial, sendo competente o TPI, conforme a alínea c), do n.º 1, do artigo 111.º, da LOSJ.

Assim, a competência para apreciação da ação para a declaração de nulidade ou anulação de direitos de patente, a título principal – por via de ação ou de reconvenção – e com eficácia *erga omnes*, cabe em exclusivo ao TPI.

Resta saber se o tribunal arbitral necessário tem competência para conhecer da invalidade da patente invocada pelo demandado, não a título principal, mas como exceção perentória e com eficácia *inter partes*?

A doutrina e a jurisprudência tomam duas posições:

j) Possibilidade de invocar a nulidade da patente, como meio de defesa, perante o tribunal arbitral necessário, cabendo a este apreciar tal nulidade mediante decisão com eficácia confinada ao processo em causa¹⁴⁹;

ii) Impossibilidade de invocar a nulidade da patente, como meio de defesa, perante o tribunal arbitral necessário¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Dário Moura Vicente, *O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, págs. 981-982; José Alberto Vieira, *A Competência do Tribunal Arbitral Necessário para Apreciar a Exceção de Invalidade da Patente Registada*, in Revista de Direito Intelectual, n.º 2/2015, Almedina, pág. 195; Acórdão da Relação de Lisboa de 13.01.2015, Processo n.º 1356/13.OYRLSB.L1-7, Relator: Desembargadora Rosa Ribeiro Coelho, consultado em 21.05.2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/07ed2d8d45aa5a6480257ee6003c79bc?OpenDocument>.

¹⁵⁰ Manuel Oehen Mendes, *Breves Considerações sobre a Incompetência dos Tribunais Arbitrais Portugueses para Apreciarem a Questão da Invalidade das Patentes e dos Certificados Complementares de Proteção para Medicamentos*, in Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, Almedina, 2015, pág. 927; Acórdão da Relação de Lisboa de 13.02.2014, Processo n.º 1053/13.7YRLSB-2, Relator: Desembargador Jorge Leal, consultado em 21.05.2019, disponível em

i) No sentido da primeira, o Acórdão do TC n.º 251/2017, de 24 de maio¹⁵¹, declarou a inconstitucionalidade da norma interpretativamente extraível do artigo 2.º, da Lei n.º 62/2011, do n.º 1, do artigo 35.º, e n.º 2, do artigo 101.º, ambos do CPI¹⁵², ao estabelecer que, no âmbito da arbitragem necessária prevista na Lei n.º 62/2011, a parte não se pode defender, por exceção, mediante invocação da invalidade da patente com efeitos *inter partes*, mesmo quando não lhe reste outro fundamento ou possibilidade de defesa.

Não admitir a invocação, perante o tribunal arbitral necessário, da invalidade da patente, como meio de defesa por exceção perentória, configura uma restrição ao direito de defesa em tribunal, previsto no artigo 20.º.

Restrição que não implica necessariamente uma violação desse dispositivo constitucional porque o legislador tem uma ampla margem de liberdade para a concreta modelação do processo a tramitar nos tribunais, arbitrais ou judiciais, e porque os regimes adjetivos devem revelar-se funcionalmente adequados aos fins do processo e conformar-se com o princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de idoneidade ou adequação, necessidade ou indispensabilidade e justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito.

Restrição que, quanto à admissão constitucional dos fins prosseguidos, é justificada pela proteção da competência exclusiva do TPI para julgar esta matéria. Proteção fundada em duas razões:

- Concentrar o contencioso da propriedade industrial no TPI, favorecendo a especialização e evitando decisões contraditórias relativamente à mesma patente;
- A natureza do direito de patente e o carácter constitutivo do respetivo registo – «*A patente concede ao seu titular o direito exclusivo temporário da exploração*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/7acbd9bdc09795ef80257c84004c2e03?OpenDocument>.

¹⁵¹ Processo n.º 297/16, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170251.html>, versão oficial consultada na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional.

¹⁵² Atualmente n.º 3, do artigo 34.º, e n.º 2, do artigo 102.º.

económica da invenção, oponível “erga omnes”, como contrapartida da referida invenção, implicando uma restrição da livre concorrência». A «oponibilidade do direito “erga omnes” – e o correspondente controlo da invalidade do ato que o concede – apresenta-se também como um dado relevante para promover a igualdade concorrencial». Assim, a nulidade da patente configura uma «questão de interesse público económico (concorrencial), importando favorecer a sua declaração com eficácia geral».

O TC concluiu que ocorre a *«invocação de interesses relativos a direitos fundamentais, de ordem pública e de uniformidade de critérios na administração da justiça, constitucionalmente tutelados, que legitimam a atribuição, em exclusivo, da competência para a apreciação da validade das patentes ao TPI, no âmbito de uma ação especificamente regulada para o efeito que garante o amplo contraditório de potenciais contrainteressados»*.

Quanto à proporcionalidade da restrição, a mesma é idónea para garantir que a validade da patente apenas é questionada através de uma ação de declaração de nulidade com eficácia *erga omnes*, com competência exclusiva do TPI. É necessária para alcançar o fim prosseguido, proteção da competência exclusiva do TPI e da ação de declaração de nulidade ou anulação da patente como única via de questionar a sua validade, não sendo possível identificar meios menos lesivos de o alcançar. Mas excessiva para atingir o fim visado, pois a imposição do recurso à ação de declaração de nulidade ou anulação da patente junto do TPI prejudica de modo desproporcionado o direito à defesa do demandado, constituindo um ónus excessivo para este.

A instauração da ação de invalidade da patente dificilmente terá influência sobre a resolução do conflito pendente na arbitragem. A declaração de nulidade do TPI tem efeitos *ex tunc*, mas com ressalva dos efeitos jurídicos já produzidos em cumprimento da decisão judicial transitada em julgado, segundo o artigo 36.º, do CPI¹⁵³. Tendo *«em conta a duração habitual dos pleitos, é improvável que a decisão da jurisdição comum sobre a validade da patente transite em julgado em momento anterior ao do trânsito em julgado da decisão arbitral. Significa isto que, mesmo que a empresa de medicamentos genéricos*

¹⁵³ Atual artigo 35.º.

obtenha a declaração de nulidade da patente relativa ao medicamento de referência, sempre continuará vinculada relativamente à indenização ou a sanções pecuniárias compulsórias fixadas e transitadas em julgado o que, na realidade, deixa em aberto a possibilidade de condenação do agente do medicamento genérico pela prática de uma infração de um direito de propriedade industrial cujo título, afinal, é inválido».

Para obstar àquele efeito, o demandado pode requerer suspensão da instância arbitral até o TPI se pronunciar, nos termos do artigo 272.º, do CPC, o qual estabelece requisitos positivos, n.º 1, e requisitos negativos, n.º 2. Assim, a obtenção da suspensão seria incerta, dependendo da avaliação das circunstâncias em concreto realizada pelos juízes sobre a sua pertinência e adequação. Ademais, a suspensão da instância arbitral não se coaduna com a vantagem de celeridade que é imputada à arbitragem.

Caso a suspensão da instância arbitral não seja decretada, mesmo que o TPI venha a declarar a nulidade *erga omnes*, o trânsito em julgado da decisão arbitral inviabilizaria os efeitos retroativos da decisão judicial, conforme o artigo 36.º, do CPI¹⁵⁴. Os efeitos já produzidos pela decisão arbitral manter-se-iam, embora fundados numa patente inválida.

Caso o requerente da autorização de introdução no mercado interponha ação de declaração de nulidade ou anulação da patente num momento prévio ao processo arbitral e obtenha a suspensão da instância arbitral, esta situação obriga-o a definir a sua estratégia processual no momento em que opte por requerer a autorização de introdução no mercado: pretende invalidar a patente e intenta a correspondente ação de declaração de invalidade no TPI ou não pretende invalidar a patente e efetua o pedido de autorização de introdução no mercado, sabendo da possibilidade da existência de ação arbitral, onde não poderá invocar a invalidade da patente com eficácia *inter partes*.

No último caso, o demandado poderia não pretender a invalidade da patente, não sendo razoável obrigá-lo a tornar-se autor de uma ação de invalidação da patente contra a sua vontade, mas apenas defender-se da condenação que é pedida na ação arbitral: obter a sua absolvição do pedido de condenação por infração de patente caso já tenha

¹⁵⁴ Atual artigo 35.º.

efetivamente introduzido o medicamento no mercado ou impedir condenação a abster-se de introduzir o genérico no mercado. A invalidação com efeitos *erga omnes* pode até apresentar-se como contrária aos interesses do demandado, na parte em que beneficia terceiros igualmente concorrentes do titular da patente, não sendo razoável exigir que o demandado defenda interesses de terceiros. Como também não é razoável exigir que defenda o «*interesse público na defesa da liberdade de mercado, promoção de sã concorrência e seus reflexos no público em geral, enquanto consumidor*», prosseguido pela invalidação da patente, especialmente quando o Ministério Público como defensor dos interesses que a lei determinar tem legitimidade para intentar a ação de invalidação no TPI, pois o demandado apenas pretende comercializar um medicamento genérico.

Outros argumentos podem ser aduzidos em defesa desta posição:

- a) Os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais;
- b) Às suas decisões são atribuídos os mesmos efeitos que às sentenças dos tribunais estaduais, nos termos do n.º 7, do artigo 42.º, da LAV;
- c) O tribunal competente para a ação é igualmente competente para as questões incidentais e para as questões que o réu suscite como meio de defesa, nos termos do n.º 1, do artigo 91.º, do CPC;
- d) A Lei n.º 62/2011, não efetua qualquer limitação dos meios de defesa;
- e) Se o tribunal arbitral não pode apreciar a validade da patente, caso esteja convencido da sua nulidade, terá de decidir como se a mesma não existisse e contra o Direito;
- f) O fundamento de uma ação intentada ao abrigo da Lei n.º 62/2011, é a patente e, caso o tribunal arbitral não tenha competência para apreciar a nulidade da patente, o demandado fica impedido de atacar o fundamento da ação;
- g) Obrigar o demandado a discutir a validade da patente perante um tribunal judicial, em ação proposta para o efeito, coloca-o numa posição de inferioridade e atinge o n.º 4, do artigo 20.º;
- h) O n.º 2, do artigo 4.º, do CPI, é uma mera presunção ilidível¹⁵⁵.

¹⁵⁵ José Alberto Vieira, *A Competência do Tribunal Arbitral Necessário para apreciar a Exceção de Invalidade da Patente Registada*, págs. 198, 200, 201, 203, 204 e 207.

ii) No sentido da segunda posição, são exibidos os seguintes argumentos¹⁵⁶:

a) O n.º 1, do artigo 34.º, do CPI, determina que a declaração de invalidade da patente só pode ser efetuada por tribunal judicial;

b) A defesa do demandado encontra-se intacta, pois poderá requerer a declaração de invalidade da patente perante o TPI;

c) Os efeitos *inter partes* produzidos pelas decisões arbitrais obrigariam a uma multiplicidade de ações a declarar a invalidade da mesma patente, criando, ainda, o risco de decisões contraditórias;

d) O tribunal arbitral que conclui pela invalidade da patente não é obrigado a condenar o demandado como infrator da patente porque essa sentença poderia ser anulada, mas pode suspender a instância arbitral, nos termos dos n.ºs 1 e 2, do artigo 272.º, do CPC, até o TPI se pronunciar;

e) A exceção dilatória de incompetência em razão da matéria tem natureza *«substantiva e não pode ser contornada através de um expediente processual»*, não é aceitável que a invalidade pudesse ser apreciada por um tribunal como uma exceção deduzida na contestação, mas não pudesse ser apreciada pelo mesmo tribunal se fosse apresentada em via de ação ou reconvenção.

f) Provocaria uma distorção da concorrência: *«admitir que em sede incidental a parte ou partes demandadas possam ver reconhecido que a patente invocada pela demandante, devidamente registada, é afinal inválida, contendo-se os efeitos dessa constatação no âmbito da relação entre as partes, equivale, no caso de procedência da exceção, a autorizar a parte ou partes demandadas a explorarem com exclusividade, em conjunto com o titular da patente, o respetivo invento, utilizando em seu proveito um monopólio que o Estado concedera apenas ao titular da patente e que continuará a impor-se ao restante universo de possíveis concorrentes ou interessados»*¹⁵⁷;

g) O INFARMED, no seu parecer sobre a Proposta de Lei n.º 13/XII, propôs a inserção de um n.º 2, no artigo 2.º, com o teor: *«O tribunal arbitral pode conhecer e declarar a nulidade ou anulação dos direitos de propriedade industrial, nos termos do*

¹⁵⁶ Manuel Oehen Mendes, *Breves Considerações sobre a Incompetência dos Tribunais Arbitrais Portugueses para Apreciarem a Questão da Invalidade das Patentes e dos Certificados Complementares de Proteção para Medicamentos*, págs. 934, 936-938, e 943.

¹⁵⁷ Acórdão da Relação de Lisboa de 13.02.2014, Processo n.º 1053/13.7YRLSB-2.

n.º 1 do artigo 15.º do Código da Propriedade Industrial»¹⁵⁸, sem que essa proposta fosse atendida pelo legislador.

iii) Pela nossa parte, adotamos a primeira posição – possibilidade de o demandado invocar a invalidade da patente, como meio de defesa, perante o tribunal arbitral necessário, cabendo a este apreciar tal invalidade mediante decisão com eficácia *inter partes* – com os argumentos expendidos na defesa da mesma.

Impor ao demandado a interposição de uma ação de declaração de nulidade ou anulação da patente junto do TPI para tutelar a sua posição perante uma patente inválida, para além de configurar uma restrição excessiva ao direito de defesa do demandado, não se coaduna com os propósitos pretendidos pelo legislador ao instituir o regime da Lei n.º 62/2011:

a) Prever um mecanismo célere de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos. Se a instância arbitral necessária é suspensa até decisão proferida pelo TPI, no âmbito de ação de invalidação da patente intentada pelo demandado, tendo em consideração a duração média de um processo judicial, a celeridade da arbitragem encontra-se comprometida;

b) Descongestionar os tribunais estaduais dos inúmeros litígios decorrentes da concessão da autorização de introdução no mercado, da autorização do preço de venda ao público e da autorização da comparticipação do Estado no preço dos medicamentos relacionados com a presença de direitos de propriedade industrial a favor de outrem. Se o demandado tiver que recorrer à ação junto do TPI para tutelar a sua posição, invocando a invalidade da patente, não se verifica esse descongestionamento.

Quanto aos argumentos expendidos pela tese contrária, podemos afirmar que o TPI continua a ser o único tribunal competente para a declaração da invalidade com efeitos *erga omnes*, nos termos do n.º 1, do artigo 34.º, do CPI. Isso é confirmado pelo

¹⁵⁸ Parecer do INFARMED, de 21.09.2011, consultado em 21.05.2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36428>, págs. 13 e 15.

legislador na atual redação da Lei n.º 62/2011, dada pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, onde, para além de ter sido revogado o regime de arbitragem necessária e consagrado um regime com a opção entre o recurso à arbitragem voluntária (ad hoc ou institucionalizada) ou ao TPI, o n.º 3, do artigo 3.º, legitima a invocação e o reconhecimento da invalidade da patente com efeitos *inter partes* no âmbito do processo arbitral.

Com a imposição ao demandado de requerer a declaração de invalidade da patente junto do TPI para tutelar a sua posição, o seu direito de defesa não se encontra intocado, pois: a eficácia retroativa da declaração de nulidade ou da anulação, devido à ressalva do caso julgado, poderá não prejudicar os efeitos produzidos pela sentença arbitral por ser provável que esta transite em julgado em momento anterior à sentença do TPI; a obtenção da suspensão da instância arbitral é incerta; o requerente da autorização de introdução no mercado terá que definir a sua estratégia processual no momento em que decide requerer aquela autorização.

O fundamento da ação arbitral é a existência da patente, logo a questão suscitada pelo demandado sobre a validade desta tem natureza prejudicial. O n.º 1, do artigo 91.º, do CPC, determina que o tribunal competente para a ação é igualmente competente para as questões incidentais e para as questões que o réu suscite como meio de defesa, exceções dilatórias e perentórias. Parece, assim, possível atribuir ao tribunal arbitral necessário competência por extensão para decidir das questões suscitadas pelo réu como meio de defesa. O n.º 2, do mesmo artigo, estabelece que a decisão sobre os incidentes ou questões suscitadas não constituem caso julgado fora do processo respetivo: forma caso julgado formal, pois o julgamento das questões incidentais «*destina-se unicamente a servir o fim e as necessidades do processo em que elas surgiram e por isso não se projecta para fora e para além deste processo*»¹⁵⁹, mas não material, podendo a questão ser objeto de uma decisão diferente em outro processo. Deste modo, será atribuído efeito *inter partes* às decisões sobre as questões de defesa invocadas pelo demandado.

Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados e garantir a equilibrada concorrência é uma das incumbências do Estado, nos termos da alínea f), do artigo 81.º.

¹⁵⁹ Alberto dos Reis, *Comentário ao Código de Processo Civil*, 1.º Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 1945, pág. 284.

O Ministério Público, como defensor dos interesses públicos, tem legitimidade para intentar a ação de declaração de nulidade ou anulação da patente no TPI, conferida pelo n.º 3, do artigo 34.º, do CPI, e, consequentemente, defender a sua concorrência nos termos do artigo 311.º, do CPI, não sendo razoável exigir incumbir o demandado de tal missão.

c) Exiguidade do prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011

A fixação do prazo de trinta dias, contados a partir da publicitação do pedido de autorização ou registo de introdução no mercado de medicamento genérico, para invocação do direito de propriedade industrial pelo seu titular consubstancia uma restrição desrazoável ao direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva?

«O direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos e obtenção de uma sua tutela jurisdicional, plena e efectiva, constitui um direito ou garantia fundamental que se encontra consagrada no art.º 20.º da Constituição. Mas daí não decorre que seja um direito absoluto, de uso incondicionado. Desde logo, ele consente as restrições que caibam nos parâmetros estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do art.º 18.º da CRP. Por outro lado, decorre da própria previsão constitucional que a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos seja efectuada “mediante um processo equitativo” e cujos procedimentos possibilitem uma decisão em prazo razoável e sejam “caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” que esse direito, além do mais, está sujeito a regras ou condicionamentos procedimentais e a prazos razoáveis de acção ou de recurso.

Ponto é que esses condicionamentos, pressupostos e prazos não se revelem desnecessários, desadequados, irrazoáveis ou arbitrários, e que não diminuam a extensão e o alcance do conteúdo desse direito fundamental de acesso aos tribunais»¹⁶⁰.

Há, então, que apreciar sobre a necessidade, adequação e razoabilidade do prazo em causa.

¹⁶⁰ Acórdão do TC n.º 178/2007, de 8 de março, Processo n.º 1010/06, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues, in DR n.º 84, II Série de 02.05.2007, pág. 11361, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

O legislador, na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 13/XII, deixa claro que a fixação do prazo para a instauração do processo teve como objetivo promover a celeridade.

No nosso entender, a fixação de prazos mais reduzidos é uma medida necessária, por se mostrar indispensável para alcançar o propósito de celeridade que caracteriza a arbitragem, e adequada para garantir esse propósito.

Porém, entendemos que se trata de um prazo desrazoável e, portanto, uma restrição desproporcional ao direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva. Esta posição é respaldada em cinco aspetos seguidamente desenvolvidos.

Em primeiro lugar, lembrar que se trata de um prazo fixado no quadro de arbitragem necessária, por si só, já uma limitação no acesso por parte dos interessados aos tribunais estaduais e aos tribunais arbitrais voluntários.

Em segundo lugar, o momento a partir do qual o prazo começa a ser contado implica uma onerosidade para o titular da patente quanto ao modo do seu conhecimento. Este prazo é contado a partir de um ato de publicitação e não de um ato de notificação. O ato de publicitação não corresponderá ao ato de notificação, pois o n.º 3, do artigo 268.º, *«insinua que a notificação é um mais em relação à publicitação e os interessados têm um direito à notificação, que não fica consumido pela sua publicação (cfr. AcTc n.º 489/97)»*¹⁶¹.

O direito à notificação dos atos administrativos impõe à Administração *«um dever de dar conhecimento aos interessados, mediante comunicação oficial e formal»*, dos atos administrativos que lhes respeitem¹⁶².

«Os actos administrativos que devem ser notificados aos interessados - prescreve o artigo 66º do Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹⁶³ - são os que

¹⁶¹ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, pág. 825.

¹⁶² *Ibidem*, pág. 824.

¹⁶³ Atual n.º 1, do artigo 114.º, do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

"decidam sobre quaisquer pretensões por eles formuladas"; os que "imponham deveres, sujeições ou sanções, ou causem prejuízos"; e os que "criem, extingam, aumentem ou diminuam direitos ou interesses legalmente protegidos, ou afectem as condições do seu exercício".

Após a revisão constitucional de 1989 (cf. o citado artigo 268º, nº 3) - contrariamente ao que sucedia no texto de 1982, em que apenas se exigia a notificação quando os actos não devessem ser obrigatoriamente publicados -, os actos administrativos devem ser sempre notificados aos interessados, mesmo quando tenham que ser oficialmente publicados (cf. neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. e loc. cit.)»¹⁶⁴.

A publicitação não oferece a mesma segurança jurídica que a notificação, pois os titulares de patentes podem não residir em Portugal e/ou podem não consultar diariamente a página eletrónica do INFARMED¹⁶⁵.

Pelo que, «*Sendo a notificação do ato administrativo essencial para o efectivo conhecimento pelos interessados dos atos da Administração susceptíveis de os atingir na sua esfera jurídica, seria irrazoável e claramente excessivo contar o prazo para o recurso contencioso da publicação de tais atos, quando esta seja obrigatória, em vez de tal contagem se fazer a partir da notificação. Tal significariam, na verdade, impor aos interessados na eventual impugnação contenciosa dos atos administrativos lesivos dos seus direitos ou interesses um ónus que poderia tornar particularmente oneroso o acesso à justiça administrativa (...). De facto, esse modo de contagem do prazo obrigá-los-ia a manterem-se atentos à publicação desses atos, se não quisessem correr o risco de ver caducar o direito à impugnação contenciosa. E isso, sem que se descubra qualquer interesse público nesse modo de contagem, pois que – repete-se – a notificação é, hoje, constitucionalmente obrigatória.*

Em conclusão, o artigo 29º, nº 1, da lei de Processo dos Tribunais Administrativos, interpretado no sentido de, quando a publicação do ato administrativo seja obrigatória por lei, o prazo para dele recorrer se conta a partir dessa publicação, e

¹⁶⁴ Acórdão do TC n.º 489/97, de 2 de julho, Processo n.º 863/96, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, in DR I Série de 18.10.1997, págs. 12860-12861, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

¹⁶⁵ Carlos Blanco de Moraes, Parecer sobre a inobservância do prazo constante do n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, policopiado, pág. 38.

não da sua notificação aos interessados, viola o n.º 4 do artigo 268.º da Constituição (que garante aos interessados o direito ao recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer atos administrativos que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos), conjugado com o n.º 3 do mesmo (que impõe à Administração o dever de lhes notificar os atos administrativos, mesmo quando estes tenham que ser obrigatoriamente publicados)»¹⁶⁶.

Em terceiro lugar, há uma insuficiência do prazo face à escassez da informação disponibilizada ao titular da patente para instauração da arbitragem necessária.

O n.º 5, do artigo 188.º, do RJMUH, na redação dada pelo artigo 4.º, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, estipula o seguinte:

«5 - Sempre que o requerente da informação sobre um pedido de autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento de uso humano for um terceiro que, nos termos do artigo 64.º do Código do Procedimento Administrativo¹⁶⁷, demonstre ter legítimo interesse no conhecimento desses elementos, e ainda não tenha sido proferida decisão final sobre aquele pedido, é fornecida, apenas, a seguinte informação:

- a) Nome do requerente da autorização de introdução no mercado;*
- b) Data do pedido;*
- c) Substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento;*
- d) Medicamento de referência».*

Este aspeto foi apreciado pelo Acórdão do TC n.º 2/2013, de 9 de janeiro¹⁶⁸, o qual julgou inconstitucional a norma em causa por violação conjugada dos artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1 e 268.º, n.ºs 1 e 2, com os seguintes fundamentos:

- i) A informação disponibilizada a quaisquer pessoas que provem ter interesse legítimo no conhecimento dos elementos pretendidos nos termos do n.º 5, do artigo

¹⁶⁶ Acórdão do TC n.º 489/97, pág. 12861.

¹⁶⁷ Atual artigo 85.º, do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro.

¹⁶⁸ Processo n.º 478/12, 3.ª Secção, Relator: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, *in* DR n.º 31, II Série de 13.02.2013, págs. 6265-6276, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

188.º, coincide com a informação publicada na página eletrónica do INFARMED, disponível ao público em geral, nos termos do artigo 15.º-A, ambos do RJMUH;

ii) Assim, o n.º 5, do artigo 188.º, do RJMUH, estabelece uma restrição ao direito de acesso à informação administrativa, na fase prévia à tomada de decisão, por parte dos «*terceiros com legítimo interesse*», elencando a informação a facultar de modo taxativo e circunscrevendo-a à informação já acessível ao cidadão em geral por força da publicitação prevista no artigo 15.º-A, do RJMUH, tornando-se um dispositivo desprovido de qualquer utilidade. Quanto à taxatividade da informação, Dário Moura Vicente assinala que se encontra excluída a prestação de informação sobre a composição qualitativa e quantitativa dos medicamentos em causa, incluindo a lista de excipientes desses medicamentos, a qual é relevante para a propositura das ações arbitrais para a defesa dos direitos de propriedade industrial¹⁶⁹. Apesar da composição qualitativa e quantitativa em substâncias ativas do medicamento genérico ser a mesma do medicamento de referência, o excipiente poderá ser diferente¹⁷⁰.

iii) A coincidência entre a informação disponibilizada aos terceiros com interesse legítimo através do n.º 5, do artigo 188.º, e a informação disponibilizada ao público em geral através do artigo 15.º-A, ambos do RJMUH, afasta qualquer juízo de ponderação casuística de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que pudesse fundar uma restrição ao direito de acesso à informação administrativa para salvaguarda do direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos de propriedade industrial, violando o princípio da proporcionalidade;

iv) «*A efetividade da tutela jurisdicional conferida aos titulares de direitos de propriedade industrial (que decorre do artigo 20.º, n.º 1 da Constituição) depende assim, em grande medida, da disponibilização de informação administrativa relevante para se aferir da sua potencial afectação, se não pelo ato autorizativo em si próprio considerado, pelo subsequente exercício da actividade autorizada.*

¹⁶⁹ Dário Moura Vicente, *O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (lei n.º 62/2011)*, pág. 988.

¹⁷⁰ In <https://www.apogen.pt/o-que-sao-os-medicamentos-genericos.php>, consultado em 08.10.2019.

A montante, acresce a necessidade de obtenção da informação relevante para efeitos da ponderação do próprio recurso à justiça arbitral, sendo esta necessária, mas não obrigatória. (...) O acesso aos elementos relevantes poderia determinar a opção pelo titular de direitos de propriedade industrial de não recorrer aos meios de composição de litígios disponibilizados, porquanto não haja sequer litígio a compor. Na falta de informação relevante, o recurso à arbitragem torna-se o único meio para a sua obtenção, desvirtuando-se a finalidade do instituto e compelindo-se os particulares envolvidos (titulares de direitos de propriedade industrial referentes a medicamentos de referência e requerentes de autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos) a assumir os encargos decorrentes da justiça arbitral».

Em quarto lugar, a complexidade técnica e científica da matéria a ser analisada pelo titular da patente no que diz respeito às substâncias e princípios ativos, ao processo de obtenção e fabrico não se compadece com um prazo de trinta dias¹⁷¹.

E em quinto lugar, o efeito resultante do incumprimento deste prazo assume um papel importante na determinação da exiguidade do prazo.

d) Efeito decorrente do incumprimento do prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011

O n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, previa que, no âmbito de arbitragem necessária, a invocação do direito de propriedade industrial por parte do seu titular deveria ser realizada no prazo de trinta dias a contar da publicitação do pedido de autorização de introdução no mercado de medicamento genérico, prevista no artigo 15.º-A, do RJMUH.

Ao não exercício deste direito de ação por parte do titular do direito de propriedade industrial, a Lei n.º 62/2011 não atribuía qualquer efeito e o mesmo também não decorria da legislação supletiva, nomeadamente, LAV e CPC.

¹⁷¹ Acórdão do TC n.º 123/2015, de 12 de fevereiro, Processo n.º 763/13, 3.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, in DR n.º 130, II Série de 07.07.2015, pág. 18164, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Por contraposição, o n.º 2, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, determinava que o não cumprimento do prazo de trinta dias para dedução de contestação impedia o requerente de autorização ou registo de introdução no mercado do medicamento genérico de iniciar a sua exploração industrial ou comercial na vigência dos direitos de propriedade industrial.

Impunha-se perguntar qual o efeito da não invocação do direito de propriedade industrial pelo seu titular naquele prazo.

i. Prazo meramente ordenador ou prazo de caducidade para exercício do direito de ação

Há que apurar se o prazo de trinta dias previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, seria um prazo meramente ordenador, também designado como procedimental ou disciplinar, ou um prazo de caducidade.

O prazo meramente ordenador é um prazo processual que estabelece um limite para a prática do ato, mas nem por isso os atos praticados após esse limite perdem validade¹⁷². Donde se conclui que o incumprimento do prazo de trinta dias pelo titular do direito de propriedade industrial não o impediria de recorrer, fora do prazo estabelecido, à arbitragem necessária para defesa do seu direito.

O prazo de caducidade é um prazo substantivo previsto no n.º 2, do artigo 298.º, do CC:

«Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição».

¹⁷² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2011, de 16.12.2010, Processo n.º 966/08.2GBMFR.L1-A.S1, 5.ª Secção, Relatora: Conselheira Isabel Pais Martins, in DR n.º 18, I Série de 26.01.2011, pág. 542, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

O prazo processual corresponde ao «*período de tempo fixado para se produzir um determinado efeito processual*» com vista a «*regular a distância entre os actos do processo*», pressupondo «*necessariamente que já está proposta a acção, que já existe um determinado processo*»¹⁷³. Os prazos substantivos respeitam ao período de tempo exigido para exercício de direitos materiais. Em regra, os prazos de propositura de ação são prazos substantivos como decorre do n.º 4, do artigo 138.º, da CPC.

Atenta a letra do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, o mesmo tem como epígrafe «*Instauração do processo*» e o seu n.º 1 fixa o prazo para a propositura de ação com vista ao exercício do direito de ação para tutela de direitos de propriedade industrial. Em conclusão, estamos perante um prazo de caducidade.

Acerca da possibilidade de instauração da ação arbitral após o decurso do prazo, na norma não se vislumbram indícios da mesma. Nem tal ideia se coadunaria com o objetivo de celeridade pretendido alcançar pelo legislador tal como expressa no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 13/XII: «*com o objectivo de promover a celeridade, estabelecem-se prazos para a instauração do processo e para a oposição, contados da publicitação pelo INFARMED, I. P., do pedido de autorização de introdução no mercado*» e «*Adopta-se, ainda, uma tramitação consentânea com a preocupação de celeridade*». Como também a inexistência de uma cominação para o incumprimento do prazo em causa, permitindo ao titular do direito de propriedade industrial propor a ação após o decurso do mesmo, consubstanciaria uma violação do princípio da igualdade. Dado o desrespeito pelo prazo do n.º 2, do mesmo artigo, por parte do requerente de autorização ou registo de introdução no mercado do medicamento genérico, ser atribuída uma cominação: impede o requerente de iniciar a exploração industrial ou comercial do medicamento na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados pelo titular da patente sobre medicamento de referência.

O direito de acesso aos tribunais não exclui o estabelecimento de prazos de caducidade para a propositura de uma ação judicial, pois estes prosseguem os interesses da certeza e da segurança jurídica¹⁷⁴.

¹⁷³ Alberto dos Reis, *Comentário ao Código de Processo Civil*, 2.º. Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 1945, págs. 52 e 57.

¹⁷⁴ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, pág. 317.

O Acórdão do TC n.º 413/89, de 31 de maio¹⁷⁵, afirma que apenas as normas restritivas dos direitos fundamentais, caracterizadas como normas que encurtam o seu conteúdo e alcance, têm que responder ao conjunto de exigências e cautelas consignado nos n.ºs 2 e 3, do artigo 18.º. As normas meramente condicionadoras do exercício dos referidos direitos, as quais não reduzem as faculdades ou potencialidades integradoras do direito em causa e se limitam a definir pressupostos ou condições do seu exercício, não necessitam de uma credencial ou previsão constitucional expressa, autorizando ao legislador a sua emissão.

A fixação de um prazo de caducidade não é uma restrição ao direito de acesso aos tribunais, uma vez que *«não encurta ou estreita o conteúdo e alcance desse direito. A existência de um tal prazo apenas condiciona, regulamentando-o, o exercício do direito em causa, sem diminuir as faculdades que o integram»*¹⁷⁶.

*«Clara é, no entanto, que, para concluir pela legitimidade constitucional da norma que fixa um prazo de caducidade para o exercício do direito de acesso aos tribunais, não basta constatar que, numa perspectiva estrutural, esse prazo se não apresenta como uma restrição do direito, mas tão-só como uma sua regulamentação ou condicionamento. (...) necessário se torna ver as coisas de um ponto de vista material ou substantivo. Ora, deste último ponto de vista, o que então interessa apurar é se esse prazo se mostra necessário e proporcionado»*¹⁷⁷.

Deste modo, a violação do direito de acesso aos tribunais *«só existirá se o prazo, por desadequado e desproporcionado, dificultasse gravemente o exercício concreto do direito, uma vez que, em tal caso, estar-se-ia perante uma restrição a esse direito e não em face de um simples condicionamento ao exercício do mesmo»*¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Processo n.º 142/88, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, in DR n.º 213, II Série de 15.09.1989, pág. 9247, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

¹⁷⁶ Acórdãos do TC n.ºs 70/2000, de 9 de fevereiro, Processo n.º 477/99, 3.ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, in DR n.º 284, II Série de 11.12.2000, pág. 19810; 247/2002, de 4 de junho, Processo n.º 20/01, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca, in DR n.º 167, II Série de 22.07.2002, pág. 12809, consultados em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

¹⁷⁷ Acórdão do TC n.º 70/2000, pág. 12810.

¹⁷⁸ Acórdãos do TC n.ºs 247/2002, pág. 12809, e 70/2000, pág. 12810; no mesmo sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, pág. 318, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, pág. 409.

Em suma, a simples fixação legal, em abstrato, de um prazo de caducidade é um condicionamento ao exercício do direito de ação. Contudo pode atingir um grau em que se assuma já como uma restrição.

Por isso, mostra-se essencial determinar, face ao regime legal previsto na Lei n.º 62/2011, se esse prazo é proporcional também quanto ao seu efeito. Caso não o seja, configurará uma restrição ao direito de acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efetiva do direito de propriedade industrial.

O não exercício do direito de ação pelo titular do direito de patente dentro do prazo em causa implicaria a perda da tutela desse direito, quer por via arbitral, quer por via judicial. É essa a nossa posição e a posição assumida por Sofia Ribeiro Mendes quando afirma que quanto *«às consequências do não cumprimento do ónus de início da arbitragem prevista na Lei n.º 62/2011 no prazo de 30 dias, contados da publicação, na página eletrónica do INFARMED, de um pedido de autorização ou registo de AIM de medicamentos genéricos pelas entidades que figurem nessas listagens, o interessado deixará de poder invocar o seu direito de propriedade industrial contra aquelas, quer perante um tribunal arbitral, quer perante um tribunal estadual»*¹⁷⁹.

Porém, Blanco de Moraes alerta para o facto de os trabalhos preparatórios referentes à Lei n.º 62/2011, não revelarem quais os efeitos a atribuir ao não cumprimento do prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º. Na verdade, na versão originária da proposta de lei, datada de 31 de agosto, o n.º 2, do artigo 3.º, estipulava que, após o decurso do prazo estabelecido no n.º 1, do mesmo artigo, deixavam de *«poder ser invocados direitos de propriedade industrial contra o medicamento genérico a que respeita a publicação em causa»*¹⁸⁰.

Era intenção do autor da proposta consagrar a regra da caducidade da ação. Mas o legislador retirou o n.º 2, da versão final da proposta de lei, ao consciencializar-se das consequências que a caducidade da ação e do direito de propriedade industrial teria em

¹⁷⁹ Sofia Ribeiro Mendes, *op. cit.*, págs. 1035-1036.

¹⁸⁰ Carlos Blanco de Moraes, Parecer sobre a inobservância do prazo constante do n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, págs. 21-22.

termos do equilíbrio da posição jurídica das partes e da constitucionalidade da solução. A eliminação intencional do efeito de caducidade terá um particular significado.

Adverte, ainda, que esta interpretação conduz a que o n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, preveja um prazo de caducidade da patente não previsto no CPI e no Acordo TRIPS, em vigor na nossa ordem interna por força da Decisão Europeia 94/800/CE do Conselho da Comunidade Europeia¹⁸¹, nos termos dos n.ºs 1, 2 e 3, do artigo 8.º da CRP, e incorporado pela Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril¹⁸². Pelo que, esta interpretação viola o n.º 1, do artigo 28.º, o artigo 33.º, e os n.ºs 1 e 2, do artigo 41.º, do Acordo TRIPS, os n.ºs 1 e 2, do artigo 3.º, da Diretiva 2004/48/CE.

No nosso entender, o prazo de caducidade previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, cujo incumprimento tem como consequência a perda do direito de ação para tutela dos direitos de propriedade industrial, quer perante tribunal arbitral, quer perante tribunal estadual, é uma restrição desproporcional ao direito de ação para defesa do direito de patente, dificultando o exercício do mesmo.

Concordamos que a caducidade do direito de ação para defesa do direito de patente por decurso do referido prazo não se coaduna com o prazo de vinte anos de duração da patente previsto no artigo 100.º, do CPI, nem com o prazo de 210 dias para concessão de autorização de introdução no mercado, previsto no n.º 1, do artigo 23.º, do RJMUH, dado a tutela jurisdicional do direito de patente ser antecipada para momento anterior ao término da duração da patente e anterior à concessão de autorização de introdução no mercado, estando a tutela vedada perante qualquer violação do direito de patente ocorrida posteriormente¹⁸³.

Ora, o titular da patente sobre medicamento de referência tem o direito exclusivo de explorar a invenção e o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de um produto objeto de patente, ou a importação ou posse do mesmo, para algum dos fins mencionados,

¹⁸¹ Jornal Oficial n.º L 336 de 23.12.1994, págs. 0001-0002.

¹⁸² Jornal Oficial n.º L 195 de 02.06.2004, págs. 0016-0025.

¹⁸³ Acórdão do TC n.º 123/2015, pág. 18165.

podendo opor-se a todos os atos que constituam violação da sua patente, nos termos do artigo 101.º, do CPI.

Em suma, por o não exercício do direito de ação dentro do prazo implicar a perda da tutela do direito de patente, quer pela via estadual, quer pela via arbitral, por o prazo em causa não se coadunar com o prazo de duração da patente e com o prazo para concessão de autorização de introdução no mercado, consideramos que o mesmo viola o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva.

ii. Tutela do direito de propriedade industrial através de ação arbitral geral ou comum

Segundo este pensamento, no âmbito da arbitragem necessária instituída pela Lei n.º 62/2011, o artigo 2.º consagraria uma ação geral sem prazo e o n.º 1, do artigo 3.º uma ação especial com o prazo de trinta dias a contar da publicitação do pedido de autorização de introdução no mercado de medicamento genérico, prevista no artigo 15.º-A, do RJMUH.

O titular do direito de patente teria o prazo de trinta dias previsto no n.º 1, do artigo 3.º, para propor ação especial dotada de maior celeridade. Não propondo esta ação especial, o interessado poderia sempre instaurar a ação geral prevista no artigo 2.º, para a qual não existiria qualquer prazo de propositura. O prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º, seria meramente ordenador e o titular da patente poderia optar entre a ação geral e a ação especial.

É um entendimento que não partilhamos por:

i) Crermos não ter apoio no texto legal. No n.º 1, do artigo 3.º, consta a expressão «*nos termos do artigo anterior deve fazê-lo*», o que indica a existência de uma conexão entre o artigo 2.º e o n.º 1, do artigo 3.º, ou seja, o artigo 2.º imporia a via arbitral necessária e o n.º 1, do artigo 3.º, estipularia os termos do único tipo de ação permitida.

Deste modo, o texto da lei não autonomiza o regime previsto no artigo 2.º e o regime previsto no artigo 3.º¹⁸⁴;

ii) O prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, não ser um prazo meramente ordenado, conforme manifestámos anteriormente;

iii) A celeridade da arbitragem não se compatibilizar com uma ação sem prazo.

iii. Tutela do direito de propriedade industrial através de ação judicial

Caso o titular do direito de propriedade industrial não tivesse proposto a ação arbitral no prazo de trinta dias previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, deixava de poder tutelar o seu direito por via arbitral.

Consequentemente havia quem defendesse que, decorrido esse prazo, sem invocação do direito de propriedade industrial, era possível intentar ação nos tribunais judiciais.

Era essa a posição de Dário Moura Vicente ao considerar que a imposição de arbitragem necessária operada pela Lei n.º 62/2011, era substancialmente mitigada por as decisões dos tribunais arbitrais previstos nesse diploma serem suscetíveis de recurso para os tribunais da Relação e por esta arbitragem necessária não precluir *«a possibilidade de os interessados se dirigirem aos tribunais judiciais, decorrido que esteja o prazo fixado no art. 3.º, n.º 1, a fim de reagirem contra as violações dos seus direitos de propriedade industrial»*. O n.º 1, do artigo 3.º, deveria ser interpretado no sentido de não impedir *«a propositura de uma ação judicial contra um fabricante de genéricos fundado numa violação iminente ou atual de um direito de propriedade industrial depois de decorrido o prazo nele fixado, contanto que a patente esteja em vigor»*¹⁸⁵.

Isto porque os titulares de direitos de propriedade industrial sobre medicamento de referência não têm de instaurar ação arbitral sempre que um fabricante de medicamento genérico requeira uma autorização de introdução no mercado, sem ter iniciado a

¹⁸⁴ No mesmo sentido, Carlos Blanco de Moraes, Parecer sobre a inobservância do prazo constante do n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, pág. 19.

¹⁸⁵ Dário Moura Vicente, *O Regime especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (Lei N.º 62/2011)*, págs. 979-976.

comercialização do medicamento genérico antes de caducada a patente sobre o medicamento de referência, sob pena de ficar precluída qualquer reação ulterior contra a violação desses direitos pelo produtor de genéricos.

Caso assim não fosse, seria criado na ordem jurídica portuguesa um novo prazo de caducidade das patentes, não previsto pelo CPI – a patente tem a duração de vinte anos, conforme o artigo 100.º –, nem pelas convenções internacionais nesta matéria de que Portugal é parte, o que seria de compatibilidade questionável com o disposto nos artigos 42.º e 62.º, da Constituição, alusivos, respetivamente, aos direitos intelectuais e à propriedade privada.

Concordamos que é desprovido de sentido o titular do direito de patente ter de, preventivamente, antes do termo da duração da patente, instaurar ação arbitral para defender o seu direito. Porém, não nos podemos abstrair que o artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, submetia à arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada, os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos e o n.º 7, do artigo 3.º, do mesmo diploma, previa a intervenção de tribunais estaduais apenas no caso de recurso da decisão arbitral para o Tribunal da Relação.

Ora, a imposição legal às partes de submeter determinado tipo de litígio à arbitragem necessária é precisamente no sentido de excluir a jurisdição estadual em primeira instância. Assim, a submissão do litígio a um tribunal ordinário quando o deveria ser a tribunal arbitral consubstancia uma exceção dilatória de preterição da via arbitral necessária, de conhecimento oficioso, determinando a absolvição do réu na instância.

Ademais, concordamos que permitir o acesso à via judicial em primeira instância para a defesa do direito de patente em detrimento da via arbitral originaria um «*expediente fácil*» para os titulares do direito de patente acederem aos tribunais estaduais, pois bastava aguardarem o decurso do prazo para invocarem o seu direito na instância arbitral e, de seguida, proporem ação judicial; e iria contra o pretendido pelo legislador ao estabelecer

este regime: criar um processo dotado de celeridade para desbloquear a entrada de medicamentos genéricos no mercado e descongestionar os tribunais estaduais¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Carlos Blanco de Moraes, Parecer sobre a inobservância do prazo constante do n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, pág. 20.

6.2. (Ir)recorribilidade da decisão de fundo ou daquela que ponha termo à causa para os tribunais estaduais – TAD

Na arbitragem voluntária, apesar de a regra prevista no n.º 4, do artigo 39.º, da LAV¹⁸⁷, ser a da irrecorribilidade para os tribunais estaduais da sentença que se pronuncie sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, ponha termo ao processo arbitral, não se coloca qualquer questão de constitucionalidade. Primeiro, porque a arbitragem foi uma opção das partes e, caso o quisessem, poderiam ter acesso direto aos tribunais estaduais. Segundo, as partes têm a possibilidade de afastar a regra da irrecorribilidade se tiverem previsto expressamente na convenção de arbitragem a possibilidade de recurso para o tribunal estadual e desde que a causa não haja sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável. Temos, portanto, dois momentos em que as partes têm a possibilidade de acederem aos tribunais estaduais e, caso decidam não recorrer a esses tribunais, estão no âmbito da sua autonomia privada.

O mesmo não sucede na arbitragem necessária. Em primeiro lugar, os litigantes, mesmo querendo, não podem aceder diretamente aos tribunais estaduais para resolverem o litígio. Em segundo lugar, sendo prevista a irrecorribilidade ou a recorribilidade em situações excecionais da decisão arbitral para os tribunais estaduais, como foi o caso no regime do TAD, os litigantes ficam sem qualquer possibilidade de aceder àqueles tribunais.

A Constituição não consagra um direito ao duplo grau de jurisdição em termos gerais, apenas em matéria penal, nos termos do n.º 1, do artigo 32.º, e o direito de acesso aos tribunais não impõe ao legislador que garanta sempre aos interessados o acesso a diferentes graus de jurisdição. Ao legislador é concedida uma margem de livre conformação para regular os requisitos e os graus do recurso, não podendo, porém, limitá-lo de forma excessiva ou regulá-lo de forma discriminatória.

¹⁸⁷ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

«A discussão relativamente à constitucionalidade da arbitragem necessária prevista na LTAD foi dominada pela necessidade ou não da consagração de um mecanismo de controlo de mérito pelos tribunais estaduais»¹⁸⁸.

Mais concretamente esta discussão recaiu sobre a constitucionalidade do n.º 1, do artigo 8.º, conjugado com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos do Anexo ao Decreto da AR n.º 128/XII, e dos n.ºs 1 e 2, do artigo 8.º, conjugados com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos da LTAD¹⁸⁹. Nestas normas, impõe-se o recurso à via arbitral para resolução de determinados litígios no âmbito do ordenamento desportivo e, simultaneamente, no primeiro diploma, a irrecorribilidade e, no segundo diploma, a recorribilidade apenas em casos excecionais das decisões do TAD para os tribunais estaduais.

Estará em causa a violação do direito de acesso aos tribunais previsto no n.º 1, do artigo 20.º, da tutela jurisdicional efetiva no âmbito da justiça administrativa prevista no n.º 4, do artigo 268.º, entendidos em conjugação com o n.º 2, do artigo 18.º, e do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º.

¹⁸⁸ Artur Flamínio da Silva e Daniela Mirante, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto – Anotado e Comentado*, Petrony Editora, 2016, pág. 43.

¹⁸⁹ Anexo à Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, na redação anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho.

6.2.1. Irrecorribilidade das decisões do TAD para os tribunais estaduais – Decreto da AR n.º 128/XII¹⁹⁰

Por «*necessidade de o desporto possuir um mecanismo alternativo de resolução de litígios que se coadune com as suas especificidades de justiça célere e especializada*»¹⁹¹, foi apresentada à AR, a Proposta de Lei n.º 84/XII, datada de 05.07.2012, da iniciativa do Governo, a qual foi submetida a discussão parlamentar conjuntamente com o Projeto de Lei n.º 236/XII, de 18.05.2012, da iniciativa do grupo parlamentar do Partido Socialista, com vista à criação do TAD.

Em 27 de março de 2013, o Decreto da AR n.º 128/XII, para a criação do TAD «*com competência específica para administrar a justiça relativamente a litígios que relevam do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto*», conforme artigo 1.º, e aprovação da respetiva lei que estabelece a «*natureza, a competência, a organização e os serviços do TAD*» e as «*regras dos processos de arbitragem e de mediação a submeter ao TAD*», conforme artigo 2.º, foi enviado para promulgação.

Nessa sequência, em 4 de abril de 2013, o PR requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade da norma constante da segunda parte do n.º 1, do artigo 8.º quando conjugada com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todas do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, com fundamento na:

a) Violação das normas do n.º 1, do artigo 20.º e do n.º 4, do artigo 268.º, conjugadas com o disposto no n.º 2, do artigo 18.º, na medida em que a norma impugnada restringiu, de forma desproporcional, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva; e

b) Violação das normas do artigo 13.º, na medida em que a norma impugnada ofendeu o princípio da igualdade, por ter discriminado infundadamente, no plano garantístico, os cidadãos cujos litígios se encontrem sujeitos à arbitragem necessária do

¹⁹⁰ Diário da AR, II Série A, n.º 104/XII/2, 21.03.2013, págs. 2-23.

¹⁹¹ Proposta de Lei n.º 84/XII, de 05.07.2012, consultada em 21.05.2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=37147>, pág. 1.

TAD em relação aos cidadãos cujos litígios se encontrem submetidos a outras formas de arbitragem necessária.

Foi esta a fundamentação do pedido de fiscalização:

1. Na arbitragem voluntária, as partes seguem a via arbitral e renunciam ao recurso porque assim o decidem, na arbitragem necessária, as partes não recorrem porque a lei que lhes impõe a via arbitral não lhes permite;

2. Por restringir a autonomia privada de pessoas singulares e coletivas, e operar o afastamento da jurisdição estadual, a imposição legal às partes da submissão de certos conflitos de natureza administrativa à arbitragem necessária é constitucionalmente admissível desde que observadas certas garantias especiais;

3. Dessas garantias especiais, destacam-se as relacionadas com direitos, liberdades e garantias, pois a submissão legal de certo litígio à arbitragem necessária impede as partes de recorrerem diretamente aos tribunais estaduais, o que porá em causa o direito de acesso aos tribunais e o princípio da igualdade;

4. O direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, que se inclui nos direitos, liberdades e garantias, não impõe um duplo grau de jurisdição, exceto em matéria penal e nas situações em que esse meio seja uma garantia indispensável de direitos, liberdades e garantias;

5. O Decreto n.º 128/XII consagra um duplo grau de jurisdição, mas de natureza interna ao admitir a interposição de recurso dos colégios arbitrais do TAD para a sua câmara de recurso;

6. A liberdade de conformação do legislador para poder criar, ou não, um duplo grau de jurisdição no âmbito dos tribunais estaduais, fora dos domínios onde a Constituição o imponha, não é transponível, sem mais, para os tribunais arbitrais;

7. É a conexão entre a imposição legal da via arbitral às partes e a proibição de acesso mediato aos tribunais judiciais que afetará as garantias contenciosas dos administrados;

8. O Decreto n.º 128/XII, ao subtrair um conjunto de litígios em matéria desportiva à competência dos tribunais administrativos em favor de um tribunal arbitral necessário, sendo as suas decisões irrecorríveis para os tribunais estaduais, diminui, sem justificação razoável, as garantias contenciosas previamente existentes consagradas no CPTA e no ETAF, pois elimina o recurso para o Tribunal Central Administrativo de decisões proferidas nessas matérias pelos tribunais administrativos e, nalgumas situações, pelos tribunais arbitrais voluntários;

9. É duvidosa a conformidade da restrição ao direito de acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efetiva com o princípio da proporcionalidade previsto no n.º 2, do artigo 18.º, por não existir a necessidade de uma medida restritiva tão onerosa para descongestionar os tribunais administrativos, por não se justificar na salvaguarda de outro direito fundamental ou de interesse constitucionalmente protegido que tenha um peso equivalente ou superior àquele que subjaz ao bem jurídico que é sacrificado com a restrição;

10. A impugnação da decisão arbitral por anulação não substitui um recurso onde se questiona o mérito da decisão;

11. Verifica-se a violação do princípio da igualdade por os cidadãos sujeitos à arbitragem necessária serem tratados mais desfavoravelmente do que outros cidadãos que sejam parte nos demais litígios submetidos à arbitragem necessária, porquanto os segundos têm a faculdade de recorrer para os tribunais estaduais das decisões arbitrais, o que não sucede com os primeiros.

a) **Acórdão do TC n.º 230/2013, de 24 de abril**¹⁹²

¹⁹² Processo n.º 279/2013, Plenário, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, *in* DR n.º 89, I Série de 09.05.2013, págs. 2782-2797, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

A constitucionalidade das normas do Anexo ao Decreto n.º 128/XII foi, então, apreciada no âmbito do Acórdão do TC n.º 230/2013, de 24 de abril, mas somente quanto à violação das normas do n.º 1, do artigo 20.º e do n.º 4, do artigo 268.º, conjugadas com o disposto no n.º 2, do artigo 18.º, por restrição desproporcional do direito de acesso aos tribunais e tutela jurisdicional efetiva.

Eis a redação das normas do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, sobre as quais recai a apreciação da constitucionalidade:

«Artigo 4.º

Arbitragem necessária

1 - Compete ao TAD conhecer dos litígios emergentes dos atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina.

2 - Salvo disposição em contrário e sem prejuízo do disposto no número seguinte, a competência definida no número anterior abrange as modalidades de garantia contenciosa previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos que forem aplicáveis.

3 - O acesso ao TAD só é admissível em via de recurso das decisões dos órgãos jurisdicionais das federações desportivas ou das decisões finais de outras entidades desportivas referidas no n.º 1, não dispensando a necessidade de fazer uso dos meios internos de impugnação, recurso ou sancionamento dos atos ou omissões referidos no n.º 1 e previstos nos termos da lei ou de norma estatutária ou regulamentar.

4 - Cessa o disposto no número anterior sempre que a decisão do órgão jurisdicional federativo ou a decisão final de outra entidade desportiva referida no n.º 1 não haja sido proferida no prazo de 30 dias úteis, sobre a autuação do correspondente processo, caso em que o prazo para a apresentação do requerimento inicial junto do TAD é de 10 dias, contados a partir do final daquele prazo.

5 - É excluída da jurisdição do TAD, não sendo assim susceptível designadamente do recurso referido no n.º 3, a resolução de questões emergentes da aplicação das normas técnicas e disciplinares diretamente respeitantes à prática da própria competição desportiva.

Artigo 5.º

Arbitragem necessária em matéria de dopagem

Compete ao TAD conhecer dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem, nos termos da Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto, que aprova a lei antidopagem no desporto.

Artigo 8.º

Natureza definitiva das decisões arbitrais

1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, as decisões proferidas, em única ou última instância, pelo TAD são insusceptíveis de recurso, considerando-se que a submissão do litígio ao Tribunal implica, no caso de arbitragem voluntária, a renúncia ao mesmo.

2 - São passíveis de recurso, para a câmara de recurso, as decisões dos colégios arbitrais que:

a) Sancionem infracções disciplinares previstas pela lei ou pelos regulamentos disciplinares aplicáveis;

b) Estejam em contradição com outra, já transitada em julgado, proferida por um colégio arbitral ou pela câmara de recurso, no domínio da mesma legislação ou regulamentação, sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se conformes com decisão subsequente entretanto já tomada sobre tal questão pela câmara de recurso.

3 - Fica salvaguardada, em todos os casos, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional e de impugnação da decisão com os fundamentos e nos termos previstos na LAV.

4 - São competentes para conhecer da impugnação referida no número anterior o Tribunal Central Administrativo do lugar do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença, no tocante a decisões proferidas no exercício da jurisdição arbitral necessária, ou o Tribunal da Relação do lugar do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença, no tocante a decisões proferidas no exercício da jurisdição arbitral voluntária, previstas nesta lei.

5 - A ação de impugnação da decisão arbitral não afecta os efeitos desportivos validamente produzidos pela mesma decisão.»

O aresto concluiu pela inconstitucionalidade da norma constante da 2.ª parte do n.º 1, do artigo 8.º, conjugada com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos do Anexo ao

Decreto n.º 128/XII, na medida em que delas resulte a irrecorribilidade para os tribunais do Estado das decisões do TAD proferidas no âmbito da sua jurisdição arbitral necessária, por violação do direito de acesso aos tribunais consagrado no artigo 20.º, n.º 1, em articulação com o princípio da proporcionalidade, e do princípio da tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 268.º, n.º 4.

i. Poderes públicos das federações desportivas

Os artigos 2.º, do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de dezembro, o qual, de acordo com o seu artigo 1.º, estabelece o regime jurídico das federações desportivas e as condições de atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva¹⁹³, e 14.º, da Lei n.º 5/2007, de 16 de janeiro, Lei de Bases da Atividade Física e do Desporto¹⁹⁴, definem federações desportivas como *«pessoas colectivas constituídas sob a forma de associação sem fins lucrativos que, englobando clubes ou sociedades desportivas, associações de âmbito territorial, ligas profissionais, se as houver, praticantes, técnicos, juízes e árbitros, e demais entidades que promovam, pratiquem ou contribuam para o desenvolvimento da respectiva modalidade»*, e cumulativamente:

«a) Se proponham, nos termos dos respectivos estatutos, prosseguir, entre outros, os seguintes objectivos gerais:

i) Promover, regulamentar e dirigir a nível nacional a prática de uma modalidade desportiva ou de um conjunto de modalidades afins ou associadas;

ii) Representar perante a Administração Pública os interesses dos seus filiados;

iii) Representar a sua modalidade desportiva, ou conjunto de modalidades afins ou associadas, junto das organizações desportivas internacionais, bem como assegurar a participação competitiva das seleções nacionais;

b) Obtenham o estatuto de pessoa colectiva de utilidade pública desportiva».

¹⁹³ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 93/2014, de 23 de junho; Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro; e Lei n.º 101/2017, de 28 de agosto.

¹⁹⁴ Na redação dada pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro.

Com o estatuto de utilidade pública, as federações desportivas têm competência *«para o exercício, em exclusivo, por modalidade ou conjunto de modalidades, de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, bem como a titularidade dos direitos e deveres especialmente previstos na lei»*, nos termos dos artigos 10.º, do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, e 19.º, da Lei n.º 5/2007.

Os poderes regulamentares e disciplinares têm natureza pública, de acordo com os artigos 11.º, do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, e 19.º, da Lei n.º 5/2007.

O Acórdão n.º 230/2013, considera que os poderes das federações desportivas exercidos no âmbito da regulamentação e disciplina são de natureza pública por efeito da delegação de poderes realizada pelo Estado através da atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva a essas entidades.

Em conclusão, estamos perante pessoas coletivas de direito privado que, através de uma delegação de poderes do Estado – uma forma de desconcentração de competência que decorre da conjugação da lei com um ato de delegação, aqui consubstanciado na atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva –, têm competência para o exercício de poderes regulamentares e disciplinares cuja natureza é pública, sendo os atos praticados ao abrigo desses poderes atos administrativos, atos de autoridade.

ii. Sujeição à jurisdição estadual

O n.º 3, do artigo 212.º, determina que o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais cabem aos tribunais administrativos e fiscais.

Os artigos 12.º, do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, e 18.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2007, submetiam os litígios emergentes dos atos e omissões dos órgãos das federações desportivas, no âmbito do exercício dos poderes públicos, às normas do contencioso administrativo. Porém, estas disposições legais foram revogadas pela Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, e os artigos 4.º e 5.º, da LTAD, passaram a submeter à jurisdição arbitral necessária os *«litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas, ligas*

profissionais e outras entidades desportivas, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina» e o conhecimento dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem, nos termos da Lei Antidopagem no Desporto¹⁹⁵.

Sintetizemos a posição do TC exposta no Acórdão n.º 230/2013. A Constituição, embora admita a existência de tribunais arbitrais através do n.º 2, do seu artigo 209.º, nada diz acerca da sua inserção no ordenamento jurisdicional, do âmbito e natureza dos litígios que podem ser submetidos à arbitragem, e da sua articulação com o direito de acesso à proteção judicial. Sem prejuízo, a criação de tribunais arbitrais não pode deixar de estar preordenada às garantias de acesso aos tribunais e de reserva de jurisdição.

Com o artigo 202.º, a Constituição pretendeu instituir uma reserva de jurisdição, ou seja, uma *«reserva de competência para o exercício da função jurisdicional em favor exclusivamente dos tribunais»*. Com base nessa reserva, a possibilidade de institucionalizar formas de composição não jurisdicional de conflitos, prevista no n.º 4, do artigo 202.º, e de submissão de litígios a arbitragem, prevista no n.º 2, do artigo 209.º, não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos limites à constituição de tribunais arbitrais.

O direito de acesso aos tribunais como direito correlacionado com a reserva da função jurisdicional é também um *«corolário lógico da tendencial resolução dos conflitos através de tribunais estaduais»*. O n.º 1, do artigo 20.º, garante o direito de acesso aos tribunais estaduais e não aos tribunais a constituir por iniciativa dos interessados, representando a tribunais arbitrais voluntários uma renúncia voluntária ao direito de acesso aos tribunais estaduais e, admitindo-se esta asserção como válida para os tribunais arbitrais voluntários, também o será para os tribunais arbitrais necessários, visto a criação destes impedir os interessados de aceder aos tribunais estaduais, os quais seriam os normalmente competentes para dirimir o litígio.

¹⁹⁵ Lei n.º 38/2012, de 28 de agosto.

Através da atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva às federações desportivas, o Estado delegou poderes públicos numa entidade privada, o que não significa a privatização das tarefas executadas no âmbito desses poderes. As tarefas mantêm a sua natureza pública, continuando a ser da titularidade e responsabilidade do Estado, e continuando o seu exercício a impor a vinculação ao direito administrativo e a procedimentos de fiscalização pública.

Como o n.º 3, do artigo 212.º sujeita as entidades privadas com poderes públicos à jurisdição administrativa, sem embargo da eventualidade da arbitragem, está liminarmente excluída a possibilidade de subtrair à apreciação dos tribunais estaduais os atos de entidade privada no exercício de poderes públicos, o que decorre imperativamente do direito de acesso aos tribunais e da tutela jurisdicional efetiva.

O Estado instituiu um regime de arbitragem necessária, em que confia à apreciação de árbitros todas as questões relacionadas com o contencioso de legalidade das decisões administrativas em matéria de desporto, em que a autoridade administrativa que exerce poderes públicos é uma entidade privada e em que o exercício de poderes públicos decorre de uma delegação do Estado que assim procede à privatização orgânica da Administração relativamente ao exercício de uma certa tarefa pública. A *«exigência de previsão de um meio de recurso para um tribunal estadual, no quadro da arbitragem necessária, torna-se mais evidente, no plano jurídico-constitucional, quando não estão em causa meras relações de direito privado, nem meras relações jurídicas administrativas em que as partes se encontrem em situação de paridade, mas antes relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade»*. Pelo que, não se mostra aceitável que o Estado renuncie ao controlo jurisdicional de mérito através dos tribunais estaduais das decisões emitidas no quadro dessa delegação.

Justifica-se, assim, uma reserva relativa de jurisdição que permite a resolução dos litígios, num momento inicial, pela intervenção de outros poderes e garantir o direito de acesso aos tribunais apenas em via de recurso, sendo dada a última palavra na resolução do litígio aos tribunais estaduais.

E não se entenda que o recurso para o TC, o qual é restrito às questões de constitucionalidade, e a impugnação da decisão arbitral, a qual só poderá ocorrer com

fundamento nas situações previstas no artigo 46.º, da LAV, correspondem a mecanismos de «reexame perante um órgão judicial do Estado relativamente às situações comuns em que o particular pretenda discutir a decisão que se pronuncia sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo».

Concluiu pela violação do direito de acesso aos tribunais através da norma que prevê a irrecorribilidade das decisões arbitrais para os tribunais estaduais por se tratar de arbitragem necessária, do exercício de poderes de autoridade delegados, e pela natureza dos direitos e interesses em causa.

Todavia com voto vencido da Conselheira Maria João Antunes, para quem o direito de acesso aos tribunais previsto no n.º 1, do artigo 20.º, não é garantido apenas pelo acesso aos tribunais estaduais. Entendimento já sufragado nos Acórdãos n.ºs 250/96 e 506/96, pois «o tribunal arbitral, como tribunal que é, faz parte da própria garantia de acesso ao direito e aos tribunais»¹⁹⁶. Importante é que os tribunais sejam órgãos independentes e imparciais, e seja respeitada a reserva de tribunal judicial como, por exemplo, a que decorre do n.º 2, do artigo 27.º. No caso concreto do TAD, este tem um carácter tipicamente publicístico, pois o Estado, por lei, atribui-lhe a função de controlo jurisdicional de mérito do exercício dos poderes de autoridade delegados nas federações, em outras entidades desportivas e ligas profissionais. A criação daquele tribunal justificase por razões de celeridade, especialização e uniformização, sem que haja demissão do dever estatal de controlo do exercício daqueles poderes, o que se torna evidente com a possibilidade de impugnação da decisão.

Numa posição discordante, Rui Medeiros crê que o entendimento do TC tem consequências que não se restringem à arbitragem desportiva:

i) Se o direito de acesso aos tribunais previsto no artigo 20.º inclui apenas o acesso aos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais, voluntários e necessários, estão excluídos como meios de tutela jurisdicional e não lhes será diretamente aplicável a exigência de um processo equitativo;

¹⁹⁶ Acórdãos do TC n.ºs 250/96, pág. 6148, e 506/96, pág. 9056.

ii) Se a exigência de um meio de recurso para um tribunal estadual no quadro da arbitragem necessária é mais evidente perante relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade, o mesmo se pode entender quanto à arbitragem voluntária quando estão em causa poderes de autoridade. Se, em matéria administrativa, o fundamento da necessidade de recurso para um tribunal estadual é o n.º 4, do artigo 268.º, então terá de existir recurso quer na arbitragem necessária, quer na arbitragem voluntária, referente a atos de autoridade. Esta questão pode ser colocada, também, no âmbito da arbitragem tributária e da contratação pública, onde não se prevê recurso jurisdicional para os tribunais estaduais.

No desporto, é relevante apurar o papel do Estado neste, numa sociedade caracterizada pela existência de sistemas normativos autónomos como, por exemplo, o ordenamento jurídico desportivo. Atualmente deve ser recusada a tese da independência da organização, regulação e administração do desporto face ao Estado devido às relações que o desporto estabelece a nível social e humano em que se confrontam diversos direitos fundamentais. Mas também não será adequado sujeitar o direito desportivo ao direito estadual porque a dimensão internacional do desporto reforça a sua autonomia e propicia uma organização estruturada em vários níveis constituída pelo cidadão que se inscreve num clube membro de uma associação regional integrada numa federação nacional, por sua vez integrada numa federação internacional, na qual será difícil a inserção do Estado.

Assim, crê o autor que a solução adotada pelo legislador na LTAD, fundada na admissão expressa da possibilidade de impugnação das decisões do TAD com os fundamentos e nos termos previstos na LAV, e de recurso das decisões arbitrais para o TC em sede de fiscalização concreta, está longe de configurar o desporto como uma área livre do direito e, por isso, é criticável a ideia de que toda a construção legal do TAD aponta para o satisfazer de um «*anseio independentista do associativismo desportivo*»¹⁹⁷. Conclui, então, que o controlo da constitucionalidade assegura a sujeição da jurisdição arbitral desportiva ao bloco de constitucionalidade, constituindo esta solução «*um equilíbrio razoável e constitucionalmente legítimo*»¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Expressão usada por Artur Flamínio da Silva, *A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade Sem Futuro? – Anotação ao Acórdão N.º 230/2013 do Tribunal Constitucional*, pág. 73.

¹⁹⁸ Rui Medeiros, *op. cit.*, pág. 1330.

Pedro Gonçalves, embora concordando com a posição expendida no Acórdão n.º 230/2013 quando aplicada à arbitragem necessária em geral, crê que deveriam ter sido ponderados alguns aspetos específicos do caso concreto que levariam a uma decisão de não inconstitucionalidade:

- a) A *«inserção da justiça desportiva no conceito de regulação desportiva»*;
- b) A *«dimensão internacional da regulação desportiva, com a proibição de recurso aos tribunais judiciais em litígios no âmbito desportivo»*;
- c) A exclusão do recurso surgia numa lei que regulava, minuciosamente, o funcionamento do tribunal arbitral necessário, assegurando condições de rigorosa imparcialidade dos árbitros e o recurso das decisões arbitrais para uma câmara de recurso. O TAD, ainda que não seja um tribunal estadual, é um tribunal de criação e conformação estadual, e delineado com tais cautelas que *«autorizava o legislador a dispensar o recurso sobre o fundo da causa para os tribunais do Estado»*. Logo, o legislador não se eximiu do *«dever de garantir o acesso ao direito e aos tribunais»*.

As alíneas a) e b) justificam um arranjo especial da arbitragem para os litígios do âmbito do ordenamento jurídico desportivo com uma lógica de distanciação da justiça desportiva em relação aos tribunais estaduais¹⁹⁹.

No nosso entendimento, a garantia concedida pelo direito de acesso aos tribunais consagrado no n.º 1, do artigo 20.º, abrange os tribunais estaduais e os tribunais arbitrais, voluntários e necessários, por ambos serem órgãos que exercem a função jurisdicional com independência e imparcialidade. Assim, os tribunais arbitrais são meios de tutela jurisdicional e é-lhes diretamente aplicável a exigência de um processo equitativo.

Sem prejuízo, consideramos que deverá ser prevista a possibilidade de recurso das decisões arbitrais para os tribunais estaduais para reapreciação de mérito por, na arbitragem necessária, as partes ficarem impedidas, por determinação legal, de acederem diretamente à jurisdição estadual. Apesar da Constituição não assegurar o direito a um

¹⁹⁹ Pedro Costa Gonçalves, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, págs. 779-780.

duplo grau de jurisdição, ao não ser consagrada a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais para uma reapreciação de mérito da causa, pois consideramos que o recurso para o TC, a ação de impugnação da decisão arbitral e o recurso para a câmara de recurso do TAD, o qual configura um meio interno ao ordenamento jurídico desportivo, não consubstanciam mecanismos aptos para o efeito, não resta aos litigantes qualquer forma de acesso àqueles tribunais.

A este aspeto soma-se o exercício por pessoas coletivas de direito privado de poderes públicos, de regulamentação e disciplina, concedidos por delegação de poderes do Estado através da atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva. Os poderes concedidos mantêm a sua natureza pública e os atos praticados no âmbito desses poderes são atos administrativos subtraídos à jurisdição administrativa, nos termos do n.º 3, do artigo 212.º, e submetidos à arbitragem necessária.

Quanto à exigência de recurso para um tribunal estadual no âmbito da arbitragem voluntária referente a atos de autoridade, devemos considerar que nessa modalidade de arbitragem são as partes que, ao optarem por submeter a resolução do litígio à arbitragem, renunciam à tutela jurisdicional estadual e não o Estado a renunciar ao controlo dos atos praticados ao abrigo dos poderes públicos concedidos a entidade privada. É o exemplo da arbitragem tributária em que, para além dos poderes públicos serem exercidos por entidade pública, está em causa a modalidade voluntária. Já na contratação pública é instituída a modalidade necessária com exclusão de recurso para um tribunal estadual e, aí sim, deveria ser prevista a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais para reapreciação de mérito.

O desporto possui um sistema normativo internacional e autónomo. Contudo a autonomização não poderá ser absoluta, uma vez que o desporto estabelece relações a nível social, económico e humano em que se confrontam direitos fundamentais, sendo tarefa fundamental do Estado «*Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático*», nos termos da alínea b), do artigo 9.º e do artigo 2.º. A conjugação da arbitragem necessária com a irrecorribilidade das decisões arbitrais para um tribunal estadual, seja prevista em legislação nacional, seja prevista nos Estatutos da Union of European Football Associations, no artigo 60.º, e da Federação Internacional de Futebol Associação, no n.º 2, do artigo 59.º, os quais impõem

a arbitragem pelo Tribunal Arbitral do Sport e proíbem o recurso aos tribunais nacionais em litígios desportivos, não deixando às partes qualquer liberdade de escolha quanto à via jurisdicional para resolução do litígio, implica a violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, os quais são direitos fundamentais e, neste aspeto, deverá existir sujeição do direito desportivo ao direito estadual.

iii. Princípio da proporcionalidade

Na senda do Acórdão n.º 230/2013, consideramos que existe, ainda, violação do direito de acesso aos tribunais quando articulado com o princípio da proporcionalidade nas vertentes de necessidade e justa medida por os interesses de celeridade, especialização, uniformidade e eficiência já se encontrarem assegurados através da arbitragem necessária – a celeridade, especialização, uniformidade e eficiência são vantagens atribuídas à arbitragem – e do caso julgado desportivo.

Para alcançar uma justiça desportiva célere e especializada não se mostra necessária a exclusão do recurso para tribunal estadual. O caso julgado desportivo permite salvaguardar os *«efeitos desportivos determinados por tal decisão e executados pelos órgãos competentes das federações desportivas, ligas profissionais e quaisquer outras entidades desportivas»*, conforme o n.º 6, do artigo 8.º, da LTAD²⁰⁰ e impede que a eventual demora na resolução definitiva do litígio, provocada pela intervenção de um tribunal estadual em sede de recurso, produza quaisquer efeitos negativos na organização e funcionamento das provas desportivas que às federações desportivas cabe especialmente dirigir e regulamentar. Além disso, o risco de protelamento da resolução de litígios sempre ocorreria no recurso para o TC e na impugnação de decisão arbitral.

Limitar a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais, quando está em causa um regime de arbitragem necessária e o controlo jurisdicional da legalidade de atos

²⁰⁰ Atual redação; anteriormente *«efeitos desportivos entretanto validamente produzidos ao abrigo da última decisão da instância competente na ordem desportiva»*, conforme o n.º 1, do artigo 18.º, da Lei n.º 5/2007, e o artigo 12.º, do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, revogados pelo artigo 4.º, da LTAD; também reconhecido pelo n.º 5, do artigo 8.º, do Decreto n.º 128/XII, e pelo n.º 6, do artigo 8.º, da LTAD, versão originária.

administrativos e a verificação da atuação das federações desportivas segundo um regime de direito administrativo, mostra-se excessiva e desrazoável.

6.2.2. Recorribilidade das decisões arbitrais em casos excecionais – Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro²⁰¹

Após o veto por inconstitucionalidade pelo PR do Decreto n.º 128/XII, o diploma foi devolvido à AR, nos termos do n.º 1, do artigo 279.º, e reapreciado após apresentação de proposta de alteração pelos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP.

Nessa sequência, foi aprovada a Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, que criou o TAD e aprovou a respetiva lei, em anexo. Na LTAD, os artigos 4.º e 5.º mantiveram a sua redação e os artigos 8.º, 9.º, 11.º, 21.º, 28.º, 29.º, 31.º, 41.º, 48.º e 59.º foram alterados, tendo os artigos 9.º, 11.º, 21.º, 48.º e 59.º sofrido simples emendas²⁰². Os artigos 28.º, 31.º e 41.º, tidos em consideração na fundamentação do Acórdão do TC n.º 230/2013, foram alterados no sentido de passar a pertencer ao Presidente do Tribunal Central Administrativo Sul ou ao Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa a competência quanto à designação e substituição de árbitros e ao procedimento cautelar que, na redação anterior, pertencia ao Presidente do TAD. O artigo 8.º adquiriu a seguinte redação:

«Artigo 8.º

Recurso das decisões arbitrais

1 - São passíveis de recurso, para a câmara de recurso, as decisões dos colégios arbitrais que:

a) Sancionem infracções disciplinares previstas pela lei ou pelos regulamentos disciplinares aplicáveis;

b) Estejam em contradição com outra, já transitada em julgado, proferida por um colégio arbitral ou pela câmara de recurso, no domínio da mesma legislação ou regulamentação, sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se conformes com decisão subsequente entretanto já tomada sobre tal questão pela câmara de recurso.

2 - Das decisões proferidas pela câmara de recurso, pode haver recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em causa a apreciação

²⁰¹ Na redação anterior às alterações realizadas pela Lei n.º 33/2004, de 16 de junho.

²⁰² A discussão e votação das alterações realizaram-se na Reunião Plenária n.º 116, Diário da AR, I Série de 30.07.2013, págs. 5-11, e 16-20, consultado em 21.05.2019, disponível em <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a79394551564a4a4c305242556b6c42636e463161585a764c7a497577716f6c4d6a42545a584e7a77364e764a5449775447566e61584e7359585270646d4576524546534c556b744d5445324c6e426b5a673d3d&nome=DAR-I-116.pdf>.

de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no Código de Processo nos Tribunais Administrativos quanto ao recurso de revista.

3 - No caso de arbitragem voluntária, a submissão do litígio ao TAD implica a renúncia aos recursos referidos nos números anteriores.

4 - Fica salvaguardada, em todos os casos, a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional e de impugnação da decisão com os fundamentos e nos termos previstos na LAV.

5 - São competentes para conhecer da impugnação referida no número anterior o Tribunal Central Administrativo do lugar do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença, no tocante a decisões proferidas no exercício da jurisdição arbitral necessária, ou o Tribunal da Relação do lugar do domicílio da pessoa contra quem se pretende fazer valer a sentença, no tocante a decisões proferidas no exercício da jurisdição arbitral voluntária, previstas nesta lei.

6 - O recurso para o Tribunal Constitucional, o recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo, bem como a ação de impugnação da decisão arbitral, não afetam os efeitos desportivos validamente produzidos pela mesma decisão».

Verificamos que a parte final, do n.º 1, do artigo 8.º, que previa a insuscetibilidade de recurso das decisões proferidas pelo TAD, em única ou última instância, foi eliminada. O n.º 1, deste artigo passou a corresponder ao anterior n.º 2, e o novo n.º 2 adquiriu uma nova redação, contemplando a possibilidade de recurso de revista para o STA.

Perante estas alterações, o PR requereu a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas ínsitas nos n.ºs 1 e 2, do artigo 8.º, conjugadas com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos da LTAD, por violação das normas do n.º 1, do artigo 20.º, e do n.º 4, do artigo 268.º, conjugados com o estabelecido no n.º 2, do artigo 18.º, na medida em que as normas sindicadas podem restringir, de forma desproporcional, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva. Foram apresentados os seguintes fundamentos:

1. A alteração operada ao artigo 8.º, da LTAD, permitiu dois tipos de recurso: em casos limitados, para a câmara de recurso do TAD das decisões dos colégios arbitrais que sancionem infrações disciplinares ou que estejam em contradição com outra decisão; com particular excecionalidade, recurso de revista para o STA das decisões da câmara de recurso do TAD *«quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito»;*

2. A recorribilidade das decisões do TAD para os tribunais estaduais depende dessas decisões passarem o crivo do recurso para a câmara de recurso e, posteriormente, possuírem a relevância exigida para o recurso de revista;

3. A parte decaída na decisão arbitral pode desejar que a mesma seja reapreciada por um tribunal estadual, tendo essa decisão relevância para as partes sem se revestir de qualquer relevo coletivo ou social;

4. O *«princípio constitucional do acesso ao Direito e aos tribunais visa tutelar, entre o mais, posições jurídicas subjetivas, a título individual, as quais não podem ser deixadas sem proteção a pretexto de serem social ou juridicamente «irrelevantes»»;*

5. O artigo 8.º, da LTAD, remete para o artigo 150.º, do CPTA, o qual prevê o recurso de revista com caráter verdadeiramente excecional;

6. Atenta essa excecionalidade, o STA não tem admitido o recurso de revista por entender não estarem em causa questões de importância fundamental.

Assim, ao questionar-se a conformidade da excecionalidade do recurso de revista para o STA, previsto na LTAD, com o direito de acesso aos tribunais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva pretende-se averiguar se a nova formulação dos n.ºs 1 e 2, do artigo 8.º, conjugada com os artigos 4.º e 5.º, todos da LTAD, contempla suficientes mecanismos de acesso aos tribunais estaduais e, conseqüentemente, supera a violação dos citados direito e princípio constitucionais, conforme decidido no Acórdão do TC n.º 230/2013.

a) Acórdão do TC n.º 781/2013, de 20 de novembro²⁰³

O Acórdão do TC n.º 781/2013, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 1 e 2, do artigo 8.º, conjugadas com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos da LTAD, por violação do direito de acesso aos tribunais consagrado no n.º 1, do artigo 20.º, quando articulado com o princípio da proporcionalidade, e do princípio da tutela jurisdicional efetiva previsto no n.º 4, do artigo 268.º, quando da sua interpretação resulta que, no âmbito da arbitragem necessária do TAD, só são passíveis de recurso para os tribunais estaduais, concretamente recurso de revista para o STA, as decisões proferidas pela câmara de recurso do TAD:

i) Em recursos de decisões dos colégios arbitrais que sancionem infrações disciplinares ou que estejam em contradição com outra, já transitada em julgado, proferida por um colégio arbitral ou pela câmara de recurso;

ii) Quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito.

No reformulado artigo 8.º, da LTAD, eram previstos três mecanismos de acesso à justiça estatal: i) recurso para o TC; ii) ação de impugnação da decisão arbitral; iii) recurso de revista para o STA.

O recurso para o TC, o qual é restrito a uma questão de constitucionalidade, e a impugnação da decisão arbitral, apenas admitida com fundamento em violação de lei processual ou outras questões formais, nos termos do artigo 46.º, da LAV, não permitem às partes a discussão sobre o mérito da decisão arbitral, não consubstanciando nenhum destes mecanismos um mecanismo de reexame da decisão arbitral perante um órgão judicial do Estado.

²⁰³ Processo n.º 916/13, Plenário, Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, *in* DR n.º 243, I Série de 16.12.2013, págs. 6807-6821, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Das decisões proferidas pelos colégios arbitrais é possível recorrer para a câmara de recurso do TAD i) quando aquelas sancionem infrações disciplinares previstas pela lei ou pelos regulamentos disciplinares aplicáveis ou ii) estejam em contradição com outra, já transitada em julgado, proferida por um colégio arbitral ou pela câmara de recurso, no domínio da mesma legislação ou regulamentação, sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se conformes com decisão subsequente entretanto já tomada sobre tal questão pela câmara de recurso, nos termos do n.º 1, do artigo 8.º, da LTAD. Fora destes casos, *«as decisões dos colégios arbitrais não são passíveis de recurso nem para a instância de recurso do TAD nem para os tribunais estaduais»*.

Das decisões da câmara de recurso do TAD, poderá haver recurso de revista para o STA quando estiver em causa a apreciação de uma *«questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito»*.

A parte final do n.º 2, do artigo 8.º, da LTAD, remete para o disposto no CPTA, quanto ao recurso de revista, previsto no artigo 150.º. O recurso de revista no âmbito do contencioso administrativo e o recurso de revista no âmbito da arbitragem necessária do TAD possuem os mesmos requisitos de admissão.

Para os pressupostos do recurso de revista, o TC socorreu-se do Acórdão do STA de 03.10.2013²⁰⁴, para o qual a relevância jurídica fundamental verifica-se quando se trate de questão jurídica, de direito substantivo ou de direito processual, *«de elevada complexidade, seja porque a sua solução envolve a aplicação e concatenação de diversos regimes legais e institutos jurídicos, seja porque o seu tratamento tenha suscitado dúvidas sérias, ao nível da jurisprudência, ou ao nível da doutrina»*. A relevância social fundamental ocorrerá quando a *«situação apresente contornos indicadores de que a solução pode ser um paradigma ou orientação para se apreciarem outros casos, ou quando tenha repercussão de grande impacto na comunidade»*. A melhor aplicação do direito ocorre quanto a *«matérias importantes tratadas pelas instâncias de forma pouco consistente ou contraditória, impondo-se a intervenção do órgão de cúpula da justiça*

²⁰⁴ Processo n.º 1244/13, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Rosendo José, consultado em 21.05.2019, disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/82a2ab6ecfcdd28580257c050054ed92?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

administrativa como condição para dissipar dúvidas sobre o quadro legal que regula certa situação, vendo-se a clara necessidade de uma melhor aplicação do direito com o significado de boa administração da justiça em sentido amplo e objetivo, isto é, que o recurso não visa primariamente a correção de erros judiciais».

Daqui decorre o carácter excecional deste recurso e a sua função predominantemente objetiva por não estar orientado para a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, mas para a defesa de interesses comunitários.

No âmbito da jurisdição arbitral do TAD, a previsão de um único recurso aos tribunais estaduais que não visa a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, *«viola o direito de acesso aos tribunais, pois este visa, entre o mais, tutelar posições jurídicas subjetivas, a título individual, as quais não podem ser deixadas sem proteção por não serem social ou juridicamente relevantes».*

Pelo que, o n.º 2, do artigo 8.º, da LTAD, não permite ao particular o acesso ao tribunal estadual, a não ser em casos excecionais, quando se trate de uma decisão relativa a infrações disciplinares ou se tenha verificado oposição de julgados e a sua pretensão possua a exigida relevância jurídica ou social, mantendo-se a insuficiência de mecanismos de acesso à justiça estadual.

Relativamente aos poderes de cognição do STA, de acordo com o artigo 150.º, do CPTA, o mesmo apenas tem competência para conhecer questões de direito, estando excluído o recurso com base em erro de julgamento quanto à matéria de facto, pertencendo a última palavra quanto ao julgamento da matéria de facto à instância arbitral. Igualmente aqui o n.º 2, do artigo 8.º, da LTAD, não supriu a insuficiência de mecanismos de acesso à justiça estadual.

Quanto à restrição do direito de acesso aos tribunais em desrespeito pelo princípio da proporcionalidade, nas vertentes de necessidade e justa medida, o TC mantém os fundamentos expendidos no seu Acórdão n.º 230/2013.

Esta decisão não foi acompanhada pela Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, a qual considerou não se verificarem os mesmos fundamentos do Acórdão n.º

230/2013, dado a LTAD não restringir totalmente o acesso aos tribunais estaduais. Reconhece que o recurso de revista para o STA das decisões proferidas pela câmara de recurso do TAD é limitado às situações previstas no n.º 2, do artigo 8.º, da LTAD, mas não deixa de assegurar um elo de ligação à justiça estadual.

O acesso à justiça estadual estabelecido pelo regime do TAD, só pode ser considerado insuficiente para assegurar o direito de acesso à justiça num entendimento demasiadamente restritivo do direito de acesso aos tribunais, consubstanciado na ideia de o direito de acesso à justiça constituir *«já não uma mera garantia de acesso tendencial aos tribunais estaduais (como entendido no Acórdão n.º 230/13), mas um direito a poder sempre recorrer para aqueles tribunais (órgãos do Estado) – em situação de arbitragem necessária»*. É um entendimento não subscrito pela Conselheira, pois ignora que os tribunais arbitrais também são tribunais e exercem a função jurisdicional. A tutela jurisdicional efetiva assegurada pela Constituição, nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, não se reconduz necessariamente a uma tutela assegurada por tribunais do Estado porque a Constituição não garante um monopólio estadual da função jurisdicional e as principais garantias constitucionais que a tutela jurisdicional postula não são um privilégio exclusivo da justiça estadual. Importante é que *«a jurisdição exercida, seja por juízes ou por árbitros, ofereça garantias orgânicas, estatutárias e processuais da independência do julgamento»*.

Quanto ao recurso de revista não possibilitar às partes a discussão da decisão da matéria de facto apreciada na jurisdição arbitral, não releva porque a *«arbitragem visa confiar a julgadores especialmente habilitados o julgamento de litígios referentes a matérias que, pela sua própria natureza, requerem conhecimentos técnicos especiais»*. O controlo da apreciação da matéria de facto, confiada a árbitros especializados, pelos tribunais estaduais nada acrescenta à qualidade da decisão, bem como frustra a razão de ser da arbitragem.

Nós entendemos que os fundamentos apresentados no Acórdão n.º 230/2013 mostram-se válidos e transponíveis para a presente questão de constitucionalidade. A diferença entre os Acórdãos n.º 230/2013 e n.º 781/2013 reside em o primeiro restringir totalmente o acesso aos tribunais estaduais ao prever a irrecorribilidade das decisões do TAD para aqueles e o segundo só permitir o acesso aos tribunais estaduais em casos

excepcionais ao prever o recurso de revista para o STA. Efetivamente no último caso já existe uma ligação com a justiça estadual, mas o recurso de revista para o STA tem carácter excecional e função predominantemente objetiva, a questão a apreciar deve possuir importância fundamental, pela sua relevância jurídica ou social, ou a admissão do recurso ser necessária para uma melhor aplicação do direito. O que leva a que os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares sejam deixados sem proteção por não serem social ou juridicamente relevantes. Continua, assim, a não se encontrar previsto um mecanismo de *«reexame perante um órgão judicial do Estado relativamente às situações comuns em que o particular pretenda discutir a decisão que se pronuncia sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo»* que permita superar a violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva decidida no Acórdão n.º 230/2013.

O recurso de revista também não possibilita discussão sobre o mérito da decisão da matéria de facto adotada pelo tribunal arbitral, pois o STA apenas tem competência para conhecer questões de direito, estando excluído o recurso com base em erro de julgamento quanto à matéria de facto, de acordo com o artigo 150.º, do CPTA.

6.3. Independência e imparcialidade no julgamento

O julgamento por um tribunal independente e imparcial é um direito consagrado pelo artigo 10.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo n.º 1, do artigo 14.º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, pelo artigo 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e pelo artigo 47.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A independência e a imparcialidade são requisitos do processo equitativo, previsto n.º 4, do artigo 20.º.

A independência dos tribunais decorre do artigo 203.º, e constitui um limite material à revisão constitucional, previsto da alínea m), do artigo 288.º. Por independência dos tribunais entende-se, por um lado, estes estarem apenas vinculados pelas normas jurídicas, não estando subordinados a quaisquer ordens ou instruções e, por outro lado, a eficácia da decisão judicial não poder ficar sujeita a ato exterior à ordem dos tribunais, *«nem a decisão destes pode ser impedida, modificada, revogada ou anulada por ato externo à mesma ordem»*²⁰⁵.

Quanto à imparcialidade dos tribunais, embora a Constituição não a preveja expressamente, a mesma deriva do direito a um processo equitativo previsto no n.º 4, do artigo 20.º, e está implicada pela ideia do Estado de direito democrático previsto no artigo 2.º. A imparcialidade do tribunal *«significa que os interesses sobre os quais se pronuncia, envolvidos na causa, lhe são alheios, e que o único interesse que pode e deve prosseguir é o interesse numa decisão correcta sobre aqueles outros interesses»*²⁰⁶.

*«A independência dos tribunais pressupõe e exige a independência dos juízes»*²⁰⁷. A independência do juiz tem previsão legal no artigo 4.º, da LOSJ, e caracteriza-se por *«não se permitir que sobre ele se possam exercer e exerçam indevidas pressões e em ele rejeitar as que sejam efectuadas»*, podendo ser dividida em externa e interna,

²⁰⁵ Miguel Galvão Teles, *A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional*, pág. 259.

²⁰⁶ *Idem*, pág. 259.

²⁰⁷ Acórdão do TC n.º 135/88, de 16 de junho, Processo n.º 137/87, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, in DR n.º 208, II Série de 08.09.1988, pág. 8255, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

conforme essas pressões sejam exteriores ou relativas à própria ordem dos tribunais. A imparcialidade do juiz é referida no n.º 5, do artigo 222.º, relativamente aos juizes do TC, consistindo em o juiz «*se determinar apenas pelo objectivo de uma decisão correcta*»²⁰⁸.

Quando está em causa a «*pressão ou o risco de pressão sobre os árbitros por uma parte ou alguém a ela ligado*» trata-se de independência. Quando está em causa a «*relação dos árbitros com as partes ou pessoas ou entidades conexas com estas, sem vir à luz qualquer pressão ou risco de pressão*» trata-se de imparcialidade²⁰⁹.

Mesmo tendo o julgador força de carácter para não sucumbir às pressões e influências, e para se abstrair das relações que detém com as partes ou com as pessoas ou entidades com elas relacionadas, conseguindo manter a sua independência e imparcialidade, revela-se importante transmitir aos cidadãos essa aparência de independência e imparcialidade para que a confiança daqueles na justiça não fique abalada. Neste sentido, o legislador deverá assegurar um quadro legal que promova as garantias de independência e imparcialidade, pois o desempenho das funções de julgador deve ser «*rodeado de cautelas legais destinadas a garantir a sua imparcialidade e a assegurar a confiança geral na objectividade da jurisdição*»²¹⁰.

«*Porque os tribunais arbitrais são tribunais e os árbitros julgadores, as exigências de independência e imparcialidade são para estes transponíveis*»²¹¹.

De seguida, observaremos se as garantias de independência e imparcialidade do tribunal arbitral e respetivos árbitros se encontram acauteladas em dois regimes legais específicos, um respeitante ao TAD e outro à comissão prevista no artigo 49.º, das CGVEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43335, de 19.11.1960.

²⁰⁸ Miguel Galvão Teles, *op. cit.*, pág. 259.

²⁰⁹ *Ibidem*, pág. 261.

²¹⁰ Acórdão do TC n.º 135/88, pág. 8255.

²¹¹ Miguel Galvão Teles, *op. cit.*, pág. 261.

6.3.1. TAD

O TAD é uma «entidade jurisdicional independente, nomeadamente dos órgãos da administração pública do desporto e dos organismos que integram o sistema desportivo, dispondo de autonomia administrativa e financeira», prescreve o n.º 1, do artigo 1.º, da LTAD.

Pelo artigo 9.º, da LTAD, são elementos integrantes da organização e funcionamento do TAD:

- i) Conselho de Arbitragem Desportiva;
- ii) Presidente;
- iii) Vice-presidente;
- iv) Árbitros;
- v) Conselho Diretivo;
- vi) Secretariado;
- vii) Câmara de recurso e os árbitros.

O legislador qualifica o TAD como uma entidade jurisdicional, mas «*não é pela expressa previsão na lei de que o TAD seria “uma entidade jurisdicional independente dos órgãos da administração pública do desporto e dos organismos que integram o sistema desportivo” que este tribunal arbitral assume, em concreto, esta característica*»²¹². Para que isso aconteça e o TAD seja classificado como um autêntico tribunal, há que respeitar as garantias de independência e imparcialidade²¹³, nomeadamente no estabelecimento da lista de árbitros do TAD, na designação dos árbitros pelas partes e na qualificação dos árbitros.

a) Processo de estabelecimento da lista de árbitros

²¹² Artur Flaminio da Silva, *A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade Sem Futuro? – Anotação ao Acórdão N.º 230/2013 do Tribunal Constitucional*, pág. 79.

²¹³ *Idem*, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, pág. 476.

O TAD é integrado por uma lista de, no máximo, quarenta árbitros que deverão ser pessoas singulares e plenamente capazes, conforme os n.ºs 1 e 3, e igualmente independentes e imparciais, de acordo com o n.º 5, todos do artigo 20.º, da LTAD.

A competência para estabelecer a lista de árbitros do TAD, designar os árbitros que a integram e designar os árbitros que integram a câmara de recurso pertence ao CAD – alínea a), do artigo 11.º, da LTAD. As propostas para a designação de trinta e dois árbitros são apresentadas ao CAD pelas entidades enunciadas nas alíneas do n.º 1, do artigo 21.º, da LTAD. Os restantes árbitros, até ao limite de quarenta, serão designados por livre escolha do CAD – n.º 3, do artigo 21.º, da LTAD. A aprovação da lista dos árbitros é realizada pelo CAD e a deliberação sobre a designação dos árbitros é tomada por maioria de dois terços – n.º 3, do artigo 12.º, e n.º 2, do artigo 20.º, ambos da LTAD. A inclusão na lista de árbitros de qualquer das personalidades propostas para árbitro pode ser recusada, fundamentadamente, pelo CAD – n.º 4, do artigo 21.º, da LTAD.

Em suma, as propostas de árbitros para integrarem a lista do TAD são apresentadas ao CAD, este aprova a lista de árbitros, podendo, de forma fundamentada, recusar a inclusão de qualquer personalidade proposta nessa lista.

Vejamos, então, a composição do CAD. É composto por onze membros, o Presidente do TAD e dez membros nomeados nos termos do artigo 10.º, da LTAD: dois pelo Comité Olímpico de Portugal, dois pela Confederação do Desporto de Portugal, um pelo Conselho Nacional do Desporto, um pelo Conselho Superior da Magistratura, um pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, um pelo Conselho Superior do Ministério Público, um pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas e um pela Ordem dos Advogados.

Destacam-se os três primeiros organismos pela sua conexão com a atividade desportiva, assumindo relevância indagar quais são os seus membros. O COP, tem membros ordinários como, por exemplo, a Federação Portuguesa de Futebol, e membros extraordinários como, por exemplo, a Federação Portuguesa de Aeromodelismo²¹⁴. A Confederação do Desporto de Portugal também tem as federações desportivas como

²¹⁴ Informação disponível em <http://comiteolimpicoportugal.pt>, consultado em 21.05.2019.

membros²¹⁵. O Conselho Nacional do Desporto é composto por personalidades com responsabilidades no domínio do associativismo desportivo e por personalidades ligadas ao Governo, aos agentes desportivos e à sociedade civil²¹⁶.

Ora, o TAD é competente para conhecer dos *«litígios emergentes dos atos e omissões das federações desportivas, ligas profissionais e outras entidades desportivas»*, nos termos do n.º 1, do artigo 4, da LTAD. Pelo que, estamos diante organismos desportivos em que os seus membros ou alguns dos seus membros são potenciais partes de um litígio colocado perante o TAD.

Contudo, apesar dos seus membros serem potenciais partes de um litígio da competência do TAD, estas entidades ligadas ao associativismo desportivo nomeiam membros do CAD, ao qual compete a aprovação da lista de árbitros do TAD e a recusa da inclusão nessa lista de alguma personalidade proposta, e apresentam ao CAD propostas de árbitros para integrarem a lista do TAD. Temos, deste modo, os membros do CAD que foram nomeados por entidades conexas ao associativismo desportivo a votarem sobre a aceitabilidade de árbitros propostos por essas mesmas entidades²¹⁷.

No caso do COP, o facto de este acolher a sede do TAD e de se encontrar incumbido da respetiva instalação e funcionamento – artigo 2.º, e n.º 4, do artigo 1.º, ambos da LTAD – coloca em causa a independência deste tribunal. Por um lado, o TAD gozar de autonomia administrativa e financeira é importante, pois a dependência financeira do Tribunal Arbitral du Sport, fonte inspiradora do TAD, face ao Comité Olímpico Internacional terá sido um dos aspetos que hipotecou a sua independência. Por outro lado, o COP é um dos organismos conexas com o associativismo desportivo que designa membros do CAD – alínea a), do n.º 1, do artigo 10.º, da LTAD –, a sua Comissão Executiva apresenta ao CAD propostas de árbitros para integrarem a lista do TAD – alínea k), do n.º 1, do artigo 21.º, da LTAD –, e como assinala o Acórdão do TC n.º 230/2013: *«o organismo onde se pretende sediar o TAD e ao qual competirá promover a respetiva instalação e funcionamento (...) é, ele próprio, constituído pelas entidades que poderão*

²¹⁵ N.ºs 1 e 2, do artigo 7.º, do c

²¹⁶ Artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 266-A/2012, de 31 de dezembro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 153/2013, de 5 de novembro.

²¹⁷ Artur Flamínio da Silva, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, págs. 473 e seguintes.

ser demandadas no âmbito dos processos de arbitragem que decorrem perante esse Tribunal».

Por todo o exposto, cremos que o legislador não consagrou um mecanismo para o estabelecimento da lista de árbitros do TAD que assegure a independência e imparcialidade daquele tribunal.

É certo que as entidades que nomeiam os membros do CAD não se cingem aos organismos ligados ao associativismo desportivo, pois cinco dos onze membros são designados por organismos não relacionados com a atividade desportiva e, consequentemente, as deliberações do CAD relativas ao estabelecimento da lista de árbitros não são tomadas apenas por membros designados pelos organismos ligados ao associativismo desportivo.

As referidas deliberações são tomadas por maioria de dois terços dos membros em efetividade de funções. O que significa que para a aprovação da lista de árbitros serão necessários os votos favoráveis de membros nomeados pelas entidades ligadas ao associativismo desportivo e de membros nomeados por entidades sem tal ligação. Contudo, há quem considere que a exigência desta maioria na votação da composição da lista de árbitros e as exceções previstas no n.º 4, do artigo 12.º, da LTAD, asseguram uma aparente independência. Mas o cerne da questão está, e concordamos, na participação dos membros do CAD na votação de árbitros propostos pelas mesmas entidades que os nomearam²¹⁸: os mesmos organismos propõem árbitros, designam os membros que votam a nomeação desses árbitros e os seus membros são potenciais partes nos litígios a resolver por esses árbitros. O que não transmite aos cidadãos uma imagem de independência e imparcialidade do TAD.

Existe, ainda, uma desigualdade entre as partes, agentes desportivos e federações desportivas, na constituição do tribunal arbitral devido à influência desproporcionada dos organismos ligados ao associativismo desportivo, dos quais são membros as federações desportivas, no processo de estabelecimento da lista de árbitros.

²¹⁸ *Ibidem*, pág. 479.

b) Processo de nomeação dos árbitros

O n.º 1, do artigo 28.º, da LTAD, determina que, no âmbito da instância arbitral necessária, a jurisdição do TAD é exercida por um colégio de três árbitros, de entre os constantes da lista de árbitros prevista no artigo 21.º, da LTAD. Cada parte designa um árbitro e os dois árbitros designados pelas partes escolhem o terceiro, conforme o n.º 2, do mesmo artigo.

A lista de árbitros do TAD é uma lista fechada, isto é, as partes têm de escolher os árbitros de entre aqueles que constam nessa lista, o que revela uma limitada liberdade de escolha das partes quanto à designação dos árbitros. Nesta sequência, numa posição que perfilhamos, o Acórdão n.º 230/2013 considerou que esta limitação da liberdade de escolha das partes, sujeitando-as a uma lista predefinida relativamente a cuja composição os interessados nem sequer têm uma intervenção direta, visto a indigitação ser feita por organizações socioprofissionais e associações representativas dos agentes desportivos, sendo, desta forma, dada preponderância ao associativismo desportivo, compromete a independência e imparcialidade do TAD.

Para Artur Flamínio da Silva, a solução passaria por uma:

i) Lista fechada, implicando duas alterações legislativas: afastar as entidades que regulam a atividade desportiva da composição do CAD e conferir igualdade material às partes no processo de proposta dos árbitros para composição da lista de árbitros; ou

ii) Lista aberta, com proposta de árbitros escolhidos segundo requisitos legais bem determinados, em que as partes, em condições de igualdade, pudessem escolher os árbitros que julgassem ser os mais adequados para resolver o litígio²¹⁹.

Uma lista fechada com o afastamento das entidades conexas com o associativismo desportivo e com igualdade das partes no processo de proposta dos árbitros asseguraria a independência e imparcialidade do TAD. Mas, por a existência de

²¹⁹ Artur Flamínio da Silva, *op. cit.*, págs. 479-481.

uma lista fechada limitar a liberdade de escolha das partes quanto aos árbitros, quando o elemento convencional da arbitragem necessária reside nessa liberdade, cremos que a solução passará por uma lista com propostas de árbitros, com possibilidade de as partes designarem árbitros que não integram essa lista. Os árbitros devem ser selecionados segundo determinados requisitos, até porque a LTAD, nos termos do artigo 20.º, exige que os árbitros sejam – para além de pessoas singulares, plenamente capazes, independentes e imparciais – juristas de reconhecida idoneidade e competência e personalidades de comprovada qualificação científica, profissional ou técnica na área do desporto, de reconhecida idoneidade e competência.

O Acórdão n.º 230/2013, considerou, ainda, comprometedor da independência e imparcialidade do TAD:

a) A não previsão de um mecanismo de suprimento judicial de falta de acordo das partes quanto à designação dos árbitros, contrariamente ao estipulado na LAV, remetendo essa competência para uma entidade administrativa, o Presidente do TAD, nomeadamente:

i. Indicar o árbitro em falta quando os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente ou quando os demandantes ou os demandados não chegarem acordo sobre o árbitro que lhes cabe designar, nos termos dos n.ºs 2, 3, e 5, do artigo 28.º, do Decreto n.º 128/XII;

ii. Nomear a totalidade dos árbitros e designar de entre eles quem é o presidente, caso se demonstre que as partes que não conseguiram nomear conjuntamente um árbitro têm interesses conflitantes relativamente ao fundo da causa, nos termos do n.º 6, do artigo 28.º, do Decreto n.º 128/XII;

b) A atribuição ao Presidente do TAD, entidade administrativa, da competência de decidir sobre o pedido de aplicação de medidas provisórias e cautelares se o processo ainda não tivesse sido distribuído ou se o colégio arbitral ainda não estivesse constituído, conforme o n.º 7, do artigo 41.º, do Decreto n.º 128/XII, sem que as partes lhe tivessem conferido qualquer função jurisdicional.

Situação, entretanto, ultrapassada pela LTAD ao atribuir competência a presidentes de tribunais estaduais.

c) **Qualificação dos árbitros**

A lista de árbitros do TAD, nos termos do n.º 2, do artigo 20.º, da LTAD, é constituída por i) juristas de reconhecida idoneidade e competência e ii) personalidades de comprovada qualificação científica, profissional ou técnica na área do desporto, de reconhecida idoneidade e competência. «*Pelo menos metade dos árbitros designados devem ser licenciados em Direito*», segundo o n.º 5, do artigo 20.º, da LTAD.

O regime legal do TAD ao admitir personalidades de comprovada qualificação científica, profissional ou técnica na área do desporto como árbitros e exigir que apenas metade dos árbitros designados sejam juristas, permite a existência de árbitros não juristas.

Para Artur Flamínio da Silva, a existência de árbitros não juristas na arbitragem necessária do TAD, na qual as partes não têm total liberdade na escolha dos árbitros, pode colocar em risco a independência do tribunal e violar o artigo 203.º, que estabelece que os tribunais apenas estão sujeitos à lei. O desconhecimento do Direito descredibiliza o TAD e coloca a questão de saber como podem não juristas decidir de acordo com o Direito quando nem se exige que o presidente do colégio arbitral seja jurista. O autor não admite argumentos em sentido contrário como o de os juízes sociais e os juízes do tribunal de júri serem não juristas, uma vez que existe uma legitimação constitucional no artigo 207.º, ou o de as questões técnicas exigirem árbitros não juristas com conhecimentos técnicos no âmbito da questão suscitada, pois as partes podem apresentar prova pericial²²⁰.

Nesta matéria, consideramos que a independência e imparcialidade do TAD é posta em causa pela existência de uma lista fechada de árbitros estabelecida através de um processo onde figura a preponderância do associativismo desportivo e não propriamente pela qualificação dos árbitros.

²²⁰ Artur Flamínio da Silva, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, págs. 481-483.

A LTAD assegura que, no mínimo, metade dos árbitros que compõem a lista sejam licenciados em Direito, estando desperta para a importância de detenção de conhecimentos jurídicos. No entanto, uma das vantagens e um dos traços distintivos da arbitragem face à jurisdição estadual é a especialização: o julgamento realizado por árbitros-peritos com conhecimentos técnicos adequados para a resolução do conflito. Na verdade, perante uma lista fechada, se a LTAD exigisse que todos os árbitros que a compõem fossem licenciados em Direito, tal continuaria a ser limitativo da liberdade de escolha das partes.

Ademais, a possibilidade de existirem árbitros não juristas e a questão de saber como não juristas podem decidir de acordo com o Direito também se poderá colocar perante a arbitragem voluntária, pois os únicos requisitos dos árbitros que a LAV determina, no seu artigo 9.º, são tratarem-se de pessoas singulares, plenamente capazes, independentes e imparciais, não existindo qualquer indicação sobre deverem ser juristas.

Por fim, tal como os juízes sociais e os juízes do tribunal de júri, os tribunais arbitrais também possuem legitimação constitucional através do n.º 2, do artigo 209.º, e, como tribunais, todos estão apenas sujeitos à lei, nos termos do artigo 203.º.

6.3.2. Comissão Arbitral prevista nas CGVEEAT

O artigo 49.º, das CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43335, de 19.11.1960, criou uma comissão de peritos para decidir sobre as *«dúvidas ou divergências que se levantarem entre o consumidor e o distribuidor sobre a execução ou a interpretação das disposições destas condições gerais, do caderno de encargos da concessão ou da apólice aprovada»*.

Na redação originária deste preceito, a comissão era constituída por três peritos-árbitros, um indicado por cada uma das partes e o terceiro designado pelo Secretário de Estado da Indústria.

Esta redação foi alterada pelo artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 296/82, de 28 de julho²²¹, passando os três árbitros da comissão a serem designados um por cada uma das partes e o terceiro por acordo dos outros dois árbitros e não pelo Secretário de Estado da Indústria, o qual foi julgado inconstitucional pelo TC em seis casos concretos²²². Nessa sequência, o Ministério Público desencadeou o processo de fiscalização sucessiva abstrata, ao abrigo do artigo 82.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, Lei Orgânica do TC²²³. Após a declaração de inconstitucionalidade orgânica, com força obrigatória geral, da norma do artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 296/82, porquanto o Governo emitiu o diploma sem autorização legislativa, violando a reserva de competência da AR prevista na alínea j), do artigo 167.º – hoje correspondente à alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º –, no âmbito do Acórdão do TC n.º 33/88, de 2 de fevereiro, a redação originária foi repristinada.

A dúvida quanto à versão originária do artigo 49.º das CGVEEAT, incidiu sobre o possível conflito entre a atribuição da competência ao Secretário de Estado da Indústria para nomear o terceiro árbitro e a garantia de independência e imparcialidade do tribunal

²²¹ DR n.º 172/1982, I Série de 28.07.1982.

²²² Acórdãos do TC n.ºs 289/86; 32/87; 59/87; 86/87; 93/87, de 11 de março, Processo n.º 66/85, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, in DR n.º 105, II Série de 08.05.1987, págs. 5904-5907, e 94/87, de 13 de março, Processo n.º 67/85, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, in DR n.º 109, II Série de 13.05.1987, págs. 6069-6072, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

²²³ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Lei n.º 143/85, de 26 de novembro; Lei n.º 85/89, de 7 de setembro; Declaração de 3/11 de 1989; Lei n.º 88/95, de 1 de setembro; Lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro; Retificação n.º 10/98, de 23 de maio; Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro; Lei Orgânica n.º 5/2015, de 10 de abril; Lei Orgânica n.º 11/2015, de 28 de agosto; e Lei Orgânica n.º 1/2008, de 19 de abril.

consagrada no artigo 206.º, atual 203.º, e foi apreciada no Acórdão do TC n.º 52/92, de 5 de fevereiro.

O TC reconheceu a comissão de peritos como tribunal arbitral necessário e a *«imparcialidade de julgamento, que na arbitragem voluntária poderia, em tese, mostrar-se assegurada pela livre concertação de vontades vertida no compromisso arbitral postula, aqui, um outro tipo de garantias»*.

A independência não decorre da natureza da função exercida pelo árbitro, é necessário garantir a independência e imparcialidade na constituição e funcionamento do tribunal. Para além da independência subjetiva/vocacional do juiz, através da qual este toma a decisão de *«dizer o Direito»*, mantendo-se sempre alheio a influências exteriores, deve existir independência objetiva, através da qual se estabelece um quadro legal para garantir a independência vocacional do juiz e a confiança do público na independência dos tribunais.

No modo de designação do terceiro árbitro não deverá existir *«confusão de interesses entre a entidade que nomeia o terceiro-árbitro e qualquer das partes intervenientes no processo»*.

O Decreto-Lei 205-G/75, de 16 de abril²²⁴, declarou nacionalizadas várias sociedades exploradoras do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia elétrica e, para reestruturar as empresas nacionalizadas e reordenar o sector elétrico, apontou para a criação de uma única entidade económico-jurídica. Essa entidade, a EDP, criada pelo Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de junho²²⁵, era uma pessoa coletiva de direito público, à qual era aplicável a lei geral das empresas públicas. O Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de janeiro²²⁶, transformou a EDP em sociedade anónima de capitais públicos.

Sendo o Estado o único detentor do capital, era relevante apurar se os poderes de tutela e intervenção do Governo na EDP constituíam fundamento de eventual interesse do Estado no modo de composição de litígios a que se refere o artigo 49.º, das CGVEEAT,

²²⁴ Diário do Governo n.º 89/1975, 2.º Suplemento, I Série de 16.04.1975, págs. 576-(10)–576-(12).

²²⁵ DR n.º 151/1976, I Série de 30.06.1976, págs. 1438-1447.

²²⁶ DR n.º 6/1991, I-A Série de 08.01.1991, págs. 93-99.

e se esta relação entre Governo e EDP era um motivo objetivamente justificado de receio sobre as condições de imparcialidade do terceiro-árbitro.

O TC considerou que não era possível *«afirmar, com segurança, que, em quaisquer circunstâncias, o Estado não terá interesse nas controvérsias submetidas à comissão arbitral a que aquela norma se refere»*. A forma de nomeação do terceiro-árbitro, prevista no artigo 49.º, das CGVEEAT, *«não deixa inequivocamente intocadas as garantias objectivas de imparcialidade do tribunal»* e o *«consumidor criaria a convicção de que a igualdade de oportunidades perante o desfecho da lide se encontrava viciada à partida, pela forma de designação do tribunal arbitral»*.

Todavia, esta decisão não foi subscrita pelo Conselheiro Vítor Nunes de Almeida por não concordar existir uma evidente suspeição sobre o Governo donde resulte o inevitável inquinamento da formação do tribunal arbitral. A relação existente entre Governo e EDP não tem de se refletir no momento da designação do terceiro árbitro, pois, nesta fase, o interesse do Estado é o interesse geral público na realização da justiça.

O Conselheiro Bravo Serra votou o Acórdão, embora com dúvidas sobre a admissibilidade dos tribunais arbitrais necessários. Isto porque se trata de uma jurisdição que é imposta aos litigantes e que afasta a possibilidade de resolução dos conflitos através dos tribunais estaduais *«sem que haja concreta e explícita credencial constitucional para tanto»*, pois não é possível afirmar que a inclusão dos tribunais arbitrais nas categorias de tribunais constitucionalmente admitidos através do n.º 2, do artigo 209.º, levando a concluir que na nossa ordem constitucional a jurisdição não tem de ser necessariamente exercida por órgãos do Estado, garantiria a legitimidade constitucional dos tribunais arbitrais necessários. Porém, tende a aceitar a existência de tribunais arbitrais necessários desde que asseguradas as garantias de independência e imparcialidade do julgamento.

A nosso ver, o legislador não assegurou um quadro legal capaz de garantir objetivamente a independência e imparcialidade da comissão arbitral.

A existência de poderes de tutela e intervenção do Governo na EDP não deixa clara a ausência de interesses entre a entidade que nomeia e uma das partes no processo. A nomeação do terceiro-árbitro pelo Secretário de Estado da Indústria, membro do

Governo, o qual, por sua vez, tem poderes de tutela e intervenção na EDP, para a resolução de litígios entre esta última e o consumidor, suscita dúvidas nos cidadãos quanto à independência e imparcialidade na constituição e funcionamento do tribunal arbitral.

Seria, também, posta em causa a convicção na igualdade entre as partes, pois para uma das partes resultaria a aparência de estar a ser privilegiada devido ao facto de o órgão que a tutela ser o competente para designar o terceiro árbitro.

Com efeito, a alteração legislativa no sentido de o terceiro árbitro ser designado por acordo dos dois árbitros designados pelas partes, não só iria ao encontro do estabelecido no n.º 3, do artigo 10.º, da LAV, como eliminaria as suspeitas sobre a nomeação do terceiro árbitro, dado que não é clara a inexistência de interesse do Estado na composição do litígio, e as suspeitas de desigualdade das partes.

7. Princípio da igualdade

A violação do princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º, como fundamento para a inconstitucionalidade da arbitragem necessária radica em dois argumentos:

i) Na subtração da possibilidade de escolha entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral voluntária para a resolução de um litígio àqueles que têm de recorrer à arbitragem necessária e que é concedido a todos os restantes; e

ii) Nos encargos da arbitragem, pois os seus custos tendem a ser mais elevados do que os custos com a jurisdição estadual.

Quanto ao primeiro argumento, já verificámos que o impedimento de acesso direto aos tribunais estaduais é um aspeto limitativo que, por si só, exige maiores garantias, nomeadamente, no âmbito da defesa do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva. Esse aspeto limitativo poderá ser ultrapassado com o controlo de mérito através de recurso da decisão arbitral para um tribunal estadual.

Quanto ao segundo argumento, o Acórdão do TC n.º 123/2015, de 12 de fevereiro, não considera a discrepância entre os valores das custas arbitrais e das custas processuais determinante para a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por se mostrar de verificação possível, mas não obrigatória. Os *«custos do processo arbitral, designadamente quanto aos honorários dos árbitros, resultam essencialmente de acordo entre as partes (tendo genericamente em conta o valor da causa e a complexidade do processo), quer em sede de arbitragem voluntária (...), quer em sede de arbitragem necessária. Só assim não será no caso (...) de o requerente da arbitragem optar pela modalidade de arbitragem institucionalizada (assim se submetendo ao estabelecido no regulamento de encargos processuais do centro de arbitragem institucionalizada escolhido)»*.

Efetivamente, nos termos do artigo 17.º da LAV, os honorários e despesas resultam de acordo entre as partes. Já na arbitragem institucionalizada, há que considerar o regulamento e a tabela de encargos processuais fixados por cada centro de arbitragem

institucionalizada. Os encargos processuais dependerão do valor da causa, dos honorários dos árbitros e dos encargos administrativos.

Tomemos como exemplo uma ação no valor de 30.000,00 €. Pela Tabela I-A, do RCP, a taxa de justiça fixa-se em 5 UC's²²⁷, correspondentes a € 510,00. Nos casos da Tabela I-A, a taxa de justiça é paga em duas prestações de igual valor por cada parte ou sujeito processual, nos termos do n.º 2, do artigo 13.º, do RCP. Para além da taxa de justiça, as custas processuais incluem ainda encargos e custas de parte, nos termos do n.º 1, do artigo 3.º, do RCP.

Pela Tabela II, Arbitragem Administrativa em geral – Tribunal Singular, da Tabela de Encargos Processuais do Centro de Arbitragem Administrativa²²⁸, os encargos processuais (incluem honorários dos árbitros e encargos administrativos) cifram-se em € 306,00, por cada sujeito processual. Pela Tabela III, Arbitragem Administrativa em geral – Tribunal Coletivo, o valor fixa-se em € 459,00, por cada sujeito processual. Poderão, ainda, haver eventuais encargos decorrentes da designação de peritos, tradutores, intérpretes e outros encargos com a produção de prova, a suportar pelas partes.

Pelo Anexo I, da Portaria n.º 301/2015, de 22 de setembro, a taxa de arbitragem no âmbito do TAD é fixada em € 750,00, por cada sujeito processual. Temos, ainda, os encargos do processo arbitral: honorários dos árbitros, despesas incorridas com a produção da prova e demais despesas ordenadas pelos árbitros.

Na Arbitragem Administrativa, os valores apresentados pelas Tabelas II e III são inferiores ao valor da taxa de justiça. No âmbito do TAD, o valor da taxa de arbitragem é superior ao da taxa de justiça. Pelo que o valor das custas arbitrais dependerá do previsto no regulamento e na tabela de encargos processuais fixados por cada centro de arbitragem institucionalizada²²⁹.

²²⁷ O artigo 182.º, da Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2019, fixou a Unidade de Conta (UC) em € 102,00 para vigorar em 2019.

²²⁸ In https://www.caad.org.pt/files/documentos/regulamentos/CAAD_AA-Tabela_Encargos_Processuais-Alargamento_Objecto_23-10-2018.pdf, consultada em 18.11.2019.

²²⁹ João Carlos de Figueiredo Ascenso Salvador, *A Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva: A Imposição da Arbitragem a Terceiros*, Dissertação de Mestrado na Especialização de Justiça Alternativa, Instituto Superior Bissaya Barreto, julho de 2011, págs. 78 e seguintes, consultado 23.10.2019, disponível em

Na arbitragem necessária, em caso de insuficiência económica que impossibilite um litigante de suportar os custos de constituição e funcionamento de um tribunal arbitral legalmente imposto, como resolver?

O n.º 1, do artigo 20.º, recusa a denegação de justiça por insuficiência de meios económicos. Por isso, a solução poderá estar na possibilidade de qualquer um dos litigantes beneficiar de apoio judiciário ou, não estando previsto o benefício de apoio judiciário para os tribunais arbitrais, afastar a imposição legal da arbitragem necessária e os tribunais estaduais assumirem a competência.

A favor da primeira, estender o regime do acesso ao direito à arbitragem, encontram-se o Acórdão do TC n.º 123/2015, e o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 12.06.2019²³⁰, sendo esta também a posição por nós assumida.

Atento o teor do artigo 17.º, da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho²³¹, o apoio judiciário pode ser concedido *«em todos os tribunais, qualquer que seja a forma do processo, nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios»*. Com efeito, o preceito não opera qualquer distinção entre tribunais e os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, ao exercerem a função jurisdicional e possuírem legitimidade constitucional através do n.º 2, do artigo 209.º. Além disso, a concessão de apoio judiciário encontra-se prevista no âmbito do TAD pelo artigo 4.º, da Portaria n.º 301/2015. No quadro da arbitragem necessária, esta solução permite conciliar a proteção do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva e a imposição legal de arbitragem.

<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29103/1/A%20Arbitragem%20Institucionalizada%20na%20Ac%20C3%A7%C3%A3o%20Educativa....pdf>.

²³⁰ Processo n.º 00579/16.5BECBR, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Desembargador Frederico Macedo Branco, consultado em 26.06.2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/c12e624abdd9e8b48025841d003bb32e?OpenDocument&Highlight=0,apoio,judici%C3%A1rio,arbitral>.

²³¹ Na redação dada pelos seguintes diplomas: Lei n.º 40/2018, de 8 de agosto; e Decreto-Lei n.º 120/2018, de 27 de dezembro.

A segunda solução é adotada pelo Acórdão do TC n.º 311/2008, de 30 de maio²³², no âmbito da arbitragem voluntária, o qual concluiu pela inconstitucionalidade da norma da alínea j), do artigo 494.º, do CPC – revogada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho – por violação do artigo 20.º, n.º 1, quando interpretada no sentido de a exceção de violação de convenção de arbitragem ser oponível à parte em situação superveniente de insuficiência económica, justificativa de apoio judiciário, no âmbito de um litígio que recaia sobre uma conduta a que eventualmente seja de imputar essa situação.

Não sendo possível a conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, liberdade negocial e tutela jurisdicional efetiva, *«em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos»*, só se admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: o cumprimento da convenção de arbitragem que importará a denegação de justiça a uma das partes por entraves económicos ou, para garantir a tutela jurisdicional efetiva, a atribuição de competência ao tribunal judicial, negando eficácia à convenção de arbitragem.

Prevalece a tutela jurisdicional efetiva, pois, na estipulação de uma convenção de arbitragem, não está em causa um aspeto nuclear da autodeterminação, mas um seu modo de exercício, atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal situado fora da orgânica judiciária. O interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tendo a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio, não sendo afetada, direta ou indiretamente, nenhuma posição material atinente à destinação dos bens. Assim, o sacrifício que a solução representa para o interessado na via arbitral, afigura-se necessário e proporcionado à salvaguarda do bem protegido com a garantia da tutela jurisdicional.

A solução contrária, não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, implicaria *«a perda definitiva e total do direito de levar à apreciação de um tribunal uma pretensão jurídica»* e *«redundaria na desprotecção absoluta da posição jurídica reivindicada»*. O Estado não abre mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça e *«Quando a efectivação dessa garantia requer a prestação de apoio*

²³² Processo n.º 753/07, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, in DR n.º 148, II Série de 01.08.2008, págs. 34401-34405, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

judiciário, não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é o reassumir de competência do tribunal judicial. Não pode invocar-se, em contrário, a tutela constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela não dá cobertura a um acto de autonomia privada, quando a sua execução nos termos acordados deixa inteiramente desprotegido o direito fundamental de acesso à justiça».

Conclusão

A arbitragem é um modo de resolução jurisdicional de litígios em que, por convenção das partes ou por determinação legal, a resolução do litígio é subtraída à competência dos tribunais estaduais e os poderes decisórios são atribuídos a particulares designados pelas partes, sendo conferida à decisão arbitral a mesma eficácia de uma sentença proferida por um tribunal estadual, força de caso julgado e força executiva.

É voluntária quando decorre da vontade das partes, podendo as mesmas optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para a resolução do litígio, e é necessária quando decorre de uma determinação legal que impõe às partes a submissão da resolução do litígio à arbitragem, impossibilitando as mesmas de optar entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral para essa resolução.

A arbitragem necessária é verdadeira arbitragem, pois subsiste um elemento convencional concretizado no poder das partes de designarem os árbitros que julgarão a causa, sendo estes privados, o que não se verifica na jurisdição estadual. Nesta, as partes não têm a possibilidade de escolher o juiz que procederá ao julgamento da causa, submetendo-se às regras de distribuição do processo a um magistrado, o qual é juiz profissional e não um particular, de um conjunto de magistrados que o Estado disponibiliza e a quem confia a função de julgar.

O sistema jurisdicional português não é unitário, pois a Constituição admite a existência de tribunais estaduais, de tribunais arbitrais através do artigo 209.º, e de tribunais internacionais como o Tribunal Penal internacional através do n.º 7, do artigo 7.º. O n.º 1, do artigo 202.º não consagra um monopólio estadual de jurisdição, mas uma reserva de jurisdição aos tribunais, em que estes são os únicos órgãos a exercerem a função jurisdicional no âmbito dos poderes do Estado.

Os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais por: a Constituição não consagrar um monopólio jurisdicional do Estado e classificar os tribunais arbitrais como tribunais, através do n.º 2, do artigo 209.º, sendo-lhes conferida legitimidade constitucional; exercerem uma função jurisdicional, ou seja, os seus árbitros são privados a quem são atribuídos poderes para, com independência e imparcialidade, praticar um ato de decisão

da causa com força obrigatória para as partes; as suas decisões produzirem os mesmos efeitos das sentenças emitidas pelos tribunais estaduais, caso julgado e força executiva.

A referência constitucional expressa aos tribunais arbitrais no n.º 2, do artigo 209.º deverá abarcar os tribunais arbitrais voluntários e necessários, dado a Constituição não proceder a qualquer distinção expressa entre os mesmos, a arbitragem voluntária e a arbitragem necessária serem um meio de resolução jurisdicional de litígios, no qual as partes têm o poder de designação dos árbitros, meros particulares, e ambas serem figuras há muito conhecidas no ordenamento jurídico português.

O direito de acesso aos tribunais, previsto no n.º 1, do artigo 20.º, não realiza qualquer especificação ou distinção entre tribunais, pelo que, os tribunais arbitrais, como verdadeiros tribunais, fazem parte da garantia de acesso aos tribunais.

Admissibilidade constitucional da arbitragem

Os tribunais arbitrais necessários não se ajustam ao conceito de tribunal arbitral decorrente da tradição jurídica, uma vez que a sua formação não pressupõe uma convenção de arbitragem, mas tal ocorrerá por o estudo doutrinário, jurisprudencial e legal da arbitragem se centrar, sobretudo, na sua modalidade voluntária. O conceito de tribunal arbitral deveria centrar-se na perspetiva de uma administração da justiça por particulares designados pelas partes.

Na arbitragem necessária, as partes encontram-se impedidas de aceder, em primeira instância, aos tribunais estaduais. Com a previsão da irrecorribilidade ou da recorribilidade com caráter excecional das decisões arbitrais para aqueles tribunais, as partes ficam sem acesso ou com acesso limitado aos mesmos para o reexame de mérito da decisão sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo. O referido acesso é providenciado pela previsão da possibilidade de recurso para controlo de mérito das decisões proferidas por tribunais arbitrais necessários para os tribunais estaduais, não consubstanciando um mecanismo adequado para o efeito o recurso para o TC, o qual respeita a uma questão de constitucionalidade, e a impugnação da decisão arbitral, a qual

só é possível com os fundamentos previstos na LAV, isto é, nulidade da sentença e violação de lei processual ou outras questões formais²³³.

Competência legislativa

A competência legislativa para as regras sobre a organização e competência dos tribunais arbitrais pertence à AR, porquanto: a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º refere-se a «tribunais» sem qualquer especificação; os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais com legitimidade constitucional conferida pelo n.º 2, do artigo 209.º; o n.º 1, do artigo 202.º ao referir-se a tribunais como órgãos de soberania só abrangerá os tribunais estaduais; a alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, ao abranger entidades não jurisdicionais de composição de conflitos, por maioria de razão, também abrangerá os tribunais arbitrais que são entidades jurisdicionais como os restantes tribunais.

A competência legislativa para o ato de criação de um tribunal arbitral específico pertence à AR. Apesar de o ato de criação de um tribunal não constar do teor literal da alínea p), do n.º 1, do artigo 165.º, e de não se identificar com os conceitos de organização e competência, a lei especial que procede à criação da instância arbitral necessária, mesmo que esta se limite à criação de um tribunal arbitral necessário nos termos da legislação geral sobre arbitragem sem nada dispor sobre organização, competência e processo, concretiza a retirada da resolução de determinado tipo de litígios do âmbito da competência dos tribunais estaduais, os quais seriam os tribunais normalmente competentes, e atribui essa competência a um tribunal arbitral necessário, afetando, assim, a definição da competência dos tribunais estaduais.

Direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva

Proibição da indefesa

No âmbito da Lei n.º 62/2011, o demandado pode invocar, como meio de defesa, a invalidade da patente perante tribunal arbitral necessário, cabendo a este apreciar tal invalidade mediante decisão com eficácia *inter partes*, pois não admitir essa possibilidade

²³³ Acórdão n.º 230/2013, pág. 2795

configura uma restrição excessiva ao direito de defesa previsto no artigo 20.º, pelas seguintes razões:

- i) Os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais;
- ii) Às suas decisões são atribuídos os mesmos efeitos que às sentenças dos tribunais estaduais nos termos do n.º 7, do artigo 42.º, da LAV;
- iii) A Lei n.º 62/2011, não limita os meios de defesa;
- iv) O tribunal competente para a ação é igualmente competente para as questões que o réu suscite como meio de defesa, nos termos do n.º 1, do artigo 91.º, do CPC;
- v) O fundamento da ação intentada ao abrigo da Lei n.º 62/2011, é a patente, se o tribunal arbitral não tiver competência para apreciar a sua nulidade, o demandado fica impedido de atacar o fundamento da ação;
- vi) Se o tribunal arbitral não pode apreciar a validade da patente, caso esteja convencido da sua nulidade, terá de decidir como se a mesma não existisse e contra o Direito;
- vii) A eficácia retroativa da declaração de nulidade ou da anulação, devido à ressalva do caso julgado, poderá não prejudicar os efeitos produzidos pela sentença arbitral por ser provável que esta transite em julgado em momento anterior à sentença do TPI;
- viii) A obtenção da suspensão da instância arbitral para obstar àquele efeito é incerta;
- ix) Mesmo que o requerente de autorização de introdução no mercado interponha a ação de invalidação da patente num momento prévio ao processo arbitral e obtenha a suspensão deste, fica obrigado a definir a sua estratégia processual no momento em que opte por requerer a referida autorização;
- x) O demandado não é defensor dos interesses de terceiros ou do interesse público na defesa da liberdade de mercado e na promoção de sã concorrência;
- xi) O Ministério Público tem legitimidade para intentar a ação de invalidação da patente no TPI, conferida pelo n.º 3, do artigo 34.º, do CPI, e defender a sã concorrência nos termos do artigo 311.º, do CPI;
- xii) O TPI continua a ser competente para a declaração da invalidade com efeitos *erga omnes*, nos termos do n.º 1, do artigo 34.º, do CPI;
- xiii) O n.º 2, do artigo 4.º, do CPI, é uma mera presunção ilidível.

Impor ao demandado a interposição de uma ação de invalidação da patente junto do TPI para tutelar a sua posição perante uma patente inválida não serve os propósitos da Lei n.º 62/2011:

a) A suspensão da instância arbitral necessária até decisão proferida pelo TPI, no âmbito de ação de invalidação da patente intentada pelo demandado, tendo em consideração a duração média de um processo judicial, compromete a celeridade da arbitragem;

b) Se o demandado tiver que recorrer à ação junto do TPI para tutelar a sua posição, invocando a invalidade da patente, não se verifica o descongestionamento dos tribunais estaduais.

Exiguidade do prazo

A fixação do prazo de trinta dias para invocação do direito de propriedade industrial, previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, prossegue o propósito de celeridade, porém, consubstancia uma restrição desproporcional ao direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, por:

i) Ser fixado no quadro de arbitragem necessária;

ii) Ser contado a partir de um ato de publicitação e não de um ato de notificação, não oferecendo a primeira a mesma segurança jurídica que a segunda e por os atos administrativos deverem ser notificados aos interessados nos termos do artigo 268.º, n.º 3, da CRP, e do artigo 114.º, n.º 1, do CPTA;

iii) A informação disponibilizada nos termos do n.º 5, do artigo 188.º, do RJMUH, a terceiro com legítimo interesse no seu conhecimento ser taxativa e coincidir com a informação publicada na página eletrónica do INFARMED, disponível ao público em geral;

iv) A matéria a analisar pelo titular da patente ser complexa, técnica e cientificamente;

v) Efeito decorrente do incumprimento do prazo em causa, o qual não se encontra previsto na Lei n.º 62/2011.

O prazo em causa consiste num prazo de caducidade, dado tratar-se do período de tempo exigido para exercício do direito de ação para tutela de direitos de propriedade industrial.

A caducidade do direito de ação para defesa do direito de patente por decurso do prazo não se coaduna com o prazo de vinte anos de duração da patente previsto no artigo 100.º, do CPI, nem com o prazo de 210 dias para concessão de autorização de introdução no mercado, previsto no n.º 1, do artigo 23.º, do RJMUH, dado a tutela jurisdicional do direito de patente ser antecipada para momento anterior ao término da duração da patente e anterior à concessão de autorização de introdução no mercado, estando a tutela vedada perante qualquer violação ocorrida posteriormente.

A previsão de uma ação geral, sem prazo, no artigo 2.º e de uma ação especial, com o prazo de trinta dias, no artigo 3.º não tem fundamento: no teor literal do n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, consta a expressão «*nos termos do artigo anterior deve fazê-lo*», o que aponta para uma conexão e não para uma autonomização entre o artigo 2.º e o n.º 1, do artigo 3.º; o prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º não é meramente ordenador; a celeridade da arbitragem não se coaduna com uma ação sem prazo.

A possibilidade de o titular do direito de patente propor ação em tribunal estadual decorrido o prazo para iniciar a ação arbitral não se concilia com a submissão à arbitragem necessária da resolução de litígios quando estão em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos: a submissão do litígio a um tribunal ordinário quando o deveria ser a tribunal arbitral consubstanciaria uma exceção dilatória de preterição da via arbitral necessária, de conhecimento oficioso, determinando a absolvição do réu na instância; originaria um «*expediente fácil*» em que basta os titulares do direito de patente aguardarem o decurso do prazo para invocarem o seu direito na instância arbitral para, de seguida, proporem ação judicial; estaria em causa a celeridade da arbitragem e o descongestionamento dos tribunais estaduais.

Em suma, por o não exercício do direito de ação dentro do prazo implicar a perda da tutela do direito de patente, quer pela via estadual, quer pela via arbitral, por o prazo em causa não se coadunar com o prazo de duração da patente e com o prazo para

concessão de autorização de introdução no mercado, consideramos que o mesmo viola, por desproporcional, o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva.

Recorribilidade das decisões do TAD para os tribunais estaduais

Na arbitragem necessária, a conjugação do impedimento, por determinação legal, de as partes acederem diretamente à jurisdição estadual com a previsão da irrecorribilidade no Decreto n.º 128/XII ou da recorribilidade apenas em casos excecionais na redação originária da LTAD, das decisões proferidas pelo TAD para os tribunais estaduais para reapreciação de mérito não deixa aos litigantes qualquer forma de acesso a estes tribunais, pois o recurso para o TC, a ação de impugnação da decisão arbitral e o recurso para a câmara de recurso do TAD, o qual configura um meio interno ao ordenamento jurídico desportivo, não consubstanciam mecanismos aptos para o efeito.

A este fator acresce a natureza pública dos poderes de regulamentação e disciplina concedidos pelo Estado às federações desportivas, entidades privadas, através da atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva, sendo os atos praticados no exercício daqueles poderes atos administrativos subtraídos à jurisdição administrativa definida no n.º 3, do artigo 212.º, e a sua apreciação confiada pelo Estado ao tribunal arbitral necessário. Nessa sequência, o Estado não deve renunciar ao controlo jurisdicional de mérito através dos tribunais estaduais das decisões emitidas no âmbito da concessão de poderes públicos.

A situação difere na arbitragem voluntária referente a atos de autoridade, em que são as partes que, ao optarem por submeter a resolução do litígio à arbitragem, renunciam à tutela jurisdicional estadual e não o Estado a renunciar ao controlo dos atos praticados ao abrigo dos poderes públicos concedidos a entidade privada. É o exemplo da arbitragem tributária em que, para além dos poderes públicos serem exercidos por entidade pública, está em causa a modalidade voluntária. Já na contratação pública por ser arbitragem necessária com exclusão de recurso para um tribunal estadual, deveria ser prevista a possibilidade de recurso para os tribunais estaduais para reapreciação de mérito.

A autonomização do desporto não poderá ser absoluta, dado o mesmo estabelecer relações a nível social, económico e humano em que se confrontam direitos

fundamentais, cuja garantia é tarefa fundamental do Estado nos termos da alínea b), do artigo 9.º e do artigo 2.º. A conjugação da imposição da arbitragem necessária com a irrecorribilidade das decisões arbitrais para um tribunal estadual, seja prevista em legislação nacional, seja prevista no ordenamento jurídico desportivo internacional, não deixando às partes qualquer liberdade de escolha quanto à via jurisdicional para resolução do litígio, implica a violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, os quais são direitos fundamentais e, neste aspeto, deverá existir sujeição do direito desportivo ao direito estadual.

A previsão da irrecorribilidade ou recorribilidade apenas em casos excepcionais das decisões do TAD para um tribunal estadual, num contexto de arbitragem necessária e de exercício de poderes públicos por entidades privadas, é desnecessária, excessiva e desrazoável para assegurar a celeridade, especialização, uniformidade e eficiência, uma vez que, tal já é assegurado pela arbitragem e pelo caso julgado desportivo.

Independência e Imparcialidade

O legislador deverá assegurar um quadro legal que promova as garantias de independência e imparcialidade, requisitos do processo equitativo previsto no n.º 4, do artigo 20.º, o que não se verificou no regime legal do TAD e nas CGVEEAT, anexas ao Decreto-Lei n.º 43335, de 19.11.1960.

No TAD, apesar dos membros de organismos conexos com o associativismo desportivo serem potenciais partes de um litígio colocado perante o TAD, o processo de estabelecimento da lista de árbitros tem a intervenção daqueles organismos na nomeação de membros do CAD, ao qual compete a aprovação da lista de árbitros e a recusa da inclusão nessa lista de alguma personalidade proposta, e na apresentação ao CAD de propostas de árbitros para integrarem a lista. Esta situação não transmite aos cidadãos uma imagem de independência e imparcialidade do TAD.

Existe, ainda, uma desigualdade entre as partes, agentes desportivos e federações desportivas, na constituição do tribunal arbitral devido à influência desproporcionada dos organismos ligados ao associativismo desportivo, dos quais são membros as federações desportivas, no processo de estabelecimento da lista de árbitros.

No processo de nomeação dos árbitros, a limitação da liberdade de escolha das partes quanto aos árbitros devido à existência de uma lista fechada a cuja composição os interessados nem sequer têm uma intervenção direta, visto a indigitação ser feita por organizações socioprofissionais e associações representativas dos agentes desportivos, leva a que a solução passe por uma lista com propostas de árbitros, seleccionados segundo determinados requisitos, com possibilidade de as partes designarem árbitros que não integram essa lista.

A possibilidade de existirem árbitros não juristas não põe em causa a independência e imparcialidade do TAD. A LTAD assegura que, no mínimo, metade dos árbitros que compõem a lista sejam licenciados em Direito e, caso exigisse que todos fossem licenciados em Direito, perante uma lista fechada, tal continuaria a ser limitativo da liberdade de escolha das partes. O julgamento por árbitros com conhecimentos técnicos adequados para a resolução do conflito é uma das vantagens da arbitragem, pelo que, na arbitragem voluntária também se coloca a hipótese de existirem árbitros não juristas e a questão de saber como não juristas podem decidir de acordo com o Direito, dado que o artigo 9.º, da LAV, não contempla o requisito de os árbitros deverem ser juristas.

Tal como os juízes sociais e os juízes do tribunal de júri, os tribunais arbitrais também possuem legitimação constitucional através do n.º 2, do artigo 209.º, e todos os tribunais estão apenas sujeitos à lei, nos termos do artigo 203.º.

Na redação originária do artigo 49.º, das CGVEEAT, em que o terceiro árbitro era designado pelo Secretário de Estado da Indústria, membro do Governo, o qual, por sua vez, tem poderes de tutela e intervenção na EDP, para a resolução de litígios entre esta última e o consumidor, cria nos cidadãos uma suspeita quanto à independência e imparcialidade na constituição e funcionamento do tribunal arbitral, uma vez que, não é clara a inexistência de interesse do Estado nos conflitos colocados perante a comissão arbitral e cria a convicção de desigualdade das partes. A alteração legislativa no sentido de o terceiro árbitro ser designado por acordo dos dois árbitros designados pelas partes iria ao encontro do estabelecido no n.º 3, do artigo 10.º, da LAV, e eliminaria as suspeitas sobre a nomeação do terceiro árbitro e de desigualdade das partes.

Princípio da igualdade

A violação do princípio da igualdade pela subtração da possibilidade de escolha entre a jurisdição estadual e a jurisdição arbitral voluntária para a resolução de um litígio àqueles que têm de recorrer à arbitragem necessária e que é concedido a todos os restantes poderá ser ultrapassada através da previsão da possibilidade de recurso para controlo de mérito da decisão arbitral para um tribunal estadual.

Quanto aos custos tendencialmente elevados com a arbitragem, a discrepância de valores entre as custas arbitrais e as custas processuais dependerá do acordado entre as partes, nos termos do artigo 17.º, da LAV, ou, na arbitragem institucionalizada, do fixado no regulamento e na tabela de encargos do centro de arbitragem.

Em caso de insuficiência económica que impossibilite um litigante de suportar os custos da constituição e funcionamento de um tribunal arbitral necessário, é possível beneficiar de apoio judiciário, permitindo-se, assim, conciliar o direito de acesso ao direito e aos tribunais e a arbitragem necessária. O artigo 17.º, da Lei n.º 34/2004, determina que o apoio judiciário pode ser concedido *«em todos os tribunais, qualquer que seja a forma do processo, nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios»*, não realizando qualquer distinção entre tribunais e os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais. A possibilidade de concessão de apoio judiciário está prevista na Portaria n.º 301/2015, que fixa a taxa de arbitragem e os encargos do processo arbitral no âmbito do TAD.

Em síntese, a arbitragem é um meio jurisdicional de resolução de litígios alternativo à justiça estadual que oferece as vantagens de celeridade, simplificação processual, especialização, sigilo, uniformização. Porém estas vantagens devem ser conciliadas com as garantias do direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva previstos no artigo 20.º. Pelo que, os regimes legais de arbitragem devem assegurar a existência de garantias desses princípios e direitos. No caso da arbitragem necessária, essas garantias devem ser acrescidas, como a previsão da possibilidade de recurso das decisões arbitrais para um tribunal estadual, pois a sua origem gera uma limitação no acesso direto aos tribunais estaduais e uma diferenciação das partes forçadas à arbitragem face a todos os restantes.

Bibliografia

Andrade, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, I, Coimbra, 1956.

Barrocas, Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem – LAV de 2011 Revista e Atualizada*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2013, Depósito Legal n.º 365670/13, ISBN 978-972-40-5299-1.

Bastos, Filipe Brito, *A arbitragem em Direito Administrativo e o direito fundamental de acesso ao Direito nos tribunais portugueses*, in *Arbitragem e Direito Público*, ISSN 978-972-629-216-6, Lisboa, AAFDL, 2018, págs. 75 a 98, Depósito Legal n.º 402617/15.

Bastos, Susana Filipa Pereira, *Arbitragem Necessária*, Dissertação de Mestrado em Direito na Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, janeiro de 2016, págs. 13-15, consultado em 21.05.2019, disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/31348/1/Arbitragem%20necessaria.pdf>.

Caetano, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 1963.

Canotilho, J. J. Gomes, e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980.

Canotilho, J. J. Gomes, e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Depósito Legal n.º 251178/2006, ISBN 978-972-32-1462-8.

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.^a Edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Depósito Legal n.º 251178/2006, ISBN 978-972-32-1839-8.

Cardoso, António de Magalhães e Nazaré, Sara, *A arbitragem necessária – natureza e regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão*, in Estudos de direito da arbitragem em homenagem a Mário Raposo, ISBN 97897225404492, págs. 33-56.

Cortez, Francisco, *A Arbitragem Voluntária Em Portugal – Dos «ricos homens» aos tribunais privados*, in O Direito, Ano 124.º, III (julho-setembro), Lisboa, Editora Internacional, 1992, págs. 365 a 404.

David, René, *L'Arbitrage Dans Le Commerce International*, Paris, Economica, 1982, ISBN 2-7178-0383-1.

Esquível, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2004, Depósito Legal n.º 208145/04, ISBN 978-972-40-2160-2.

Freitas, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, Depósito Legal n.º 366095/13, ISBN 978-972-32-2201-2.

Freitas, José Lebre de, *Citação dos Interessados como Garantia da Defesa no Processo de Expropriação*, in Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 2002, págs. 179 a 197, ISBN 978-972-9495-39-4.

Gonçalves, Pedro Costa, *Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais*, in Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo, Almedina, 2013, págs. 777 a 801, Depósito legal n.º 366303/13, ISBN 978-972-40-5261-8.

Gonçalves, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos – O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, Reimpressão da edição de outubro de 2005, Coimbra, Almedina, 2008, Depósito Legal n.º 233362/05, ISBN 978-972-40-2644-2.

Gouveia, Marina França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2019, Depósito Legal n.º 372653/14, ISBN 978-972-40-5570-1.

Jarrosson, Charles, *La Notion de Arbitrage*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, ISBN 2-275-000845-4.

Martinez, Pedro Romano, *Código do Trabalho Anotado*, 11.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2017, Depósito Legal n.º 431657/17, ISBN 978-972-40-7086-5.

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 8.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2017, ISBN 9789724069470.

Medeiros, Rui, *Arbitragem necessária e Constituição*, in Estudos em Memória ao Conselheiro Artur Maurício, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, págs. 1301 a 1330, Depósito legal n.º 384454/14, ISBN 978-972-32-2268-5.

Mendes, Manuel Oehen, *Breves Considerações sobre a Incompetência dos Tribunais Arbitrais Portugueses para Apreciarem a Questão da Invalidade das Patentes e dos Certificados Complementares de Proteção para Medicamentos*, in Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, Almedina, 2015, págs. 927 a 947, ISBN 978-972-40-6115-3.

Mendes, Sofia Ribeiro, *O Novo Regime de Arbitragem necessária de Litígios Relativos a Medicamentos de Referência e Genéricos*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Volume II, 1.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, julho 2013, págs. 1005-1037, Depósito Legal n.º 361349/13, ISBN 978-972-32-2120-6.

Miranda, Jorge, *As Constituições Portuguesas, De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 4.^a Edição, Lisboa, Livraria Petrony, Lda., 1997, Depósito legal n.º 117707/97, ISBN 972-685-077-0.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, 2.^a Edição revista, Universidade Católica Editora, 2017, Depósito Legal n.º 420202/17, ISBN 9789725405413.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume II, 2.^a Edição revista, atualizada e ampliada, Universidade Católica Editora, 2018, Depósito Legal n.º 420202/17, ISBN 9789725406113.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Depósito Legal n.º 222561/2005, ISBN 978-972-32-1541-0.

Moncada, Luís Cabral de, *A arbitragem no Direito Administrativo: uma justiça alternativa*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ISSN 1645-1430, Ano VII (Especial), Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Depósito Legal n.º 208108/2004, págs. 171 a 208.

Monteiro, António Pedro Pinto, e Silva, Artur Flaminio da, e Mirante, Daniela, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2019, ISBN 9789724079653.

Monteiro, António Pinto, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2017, Depósito Legal n.º 433895/17, ISBN 978-972-40-7209-8.

Morais, Carlos Blanco de, *Vicissitudes constitucionais da arbitragem necessária em Portugal*, in Revista Consultor Jurídico, 23.06.2018, consultado em 21.05.2019, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-23/observatorio-constitucional-vicissitudes-constitucionais-arbitragem-necessaria-portugal>.

Morais, Carlos Blanco de, *Apontamento sobre a Submissão de Litígios à arbitragem Necessária*, in Newsletter CAAD-n.º 1, 2013, págs. 12 a 16, consultado em 21.05.2019, disponível em https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/newsletter_caad_n1_2013.

Morais, Carlos Blanco de, Parecer de 05.09.2012, policopiado.

Morais, Carlos Blanco de, Parecer de 18.07.2015, policopiado.

Morais, Carlos Blanco de, Parecer sobre a inobservância do prazo constante do n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, policopiado.

Ordenações Afonsinas, Livro III, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, dezembro 1984, Depósito Legal n.º 4035/84.

Ordenações Filipinas, Livros II e III, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, dezembro 1985, Depósito Legal n.º 10402/85.

Ordenações Manuelinas, Livro III, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, dezembro 1984, Depósito legal n.º 7054/84.

Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 3.ª Reimpressão da edição de maio de 2003, Coimbra, Almedina, 2017, Depósito Legal n.º 431754/17, ISBN 978-972-40-7152-7.

Página eletrónica da Associação Portuguesa de Medicamentos Genéricos e Biossimilares, consultada em 08.10.2019, disponível em <https://www.apogen.pt/o-que-sao-os-medicamentos-genericos.php>.

Página eletrónica do Comité Olímpico de Portugal, consultada em 21.05.2019, disponível em <http://comiteolimpicoportugal.pt>.

Página eletrónica da Confederação de Desporto de Portugal, consultada em 21.05.2019, disponível em <https://www.cdp.pt/>.

Parecer do INFARMED, de 21.09.2011, consultado em 21.05.2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36428>

Pinheiro, Luís de Lima, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 2005, Depósito Legal n.º 226211/05, ISBN 9789724025223.

Proposta de Lei n.º 13/XII, consultada em 21.05.2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=36428>.

Proposta de Lei n.º 84/XII, de 05.07.2012, consultada em 21.05.2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37147>.

Quadros, Fausto de, *Arbitragem “necessária”, “obrigatória”, “forçada”*: breve nótula sobre a interpretação do artigo 182.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2012, págs. 257 a 265, Depósito Legal n.º 349553/12, ISBN 978-972-40-4989-2.

Queiró, Afonso Rodrigues, *Lições de Direito Administrativo, Volume I*, Coimbra, 1976.

Rangel, Paulo Castro, *Arbitragem e Constituição: Um Novo Lugar e Um Novo Fundamento*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes*

Canotilho, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, págs. 637 a 656, Depósito Legal n.º 350901/2012, ISBN 978-972-32-2052-0.

Rangel, Paulo Castro, *Repensar o Poder Judicial – Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, Depósito Legal n.º 166484/01, ISBN 972-8069-45-06.

Reis, Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, 1.º Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 1945.

Reis, Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, 2.º Vol., Coimbra, Coimbra Editora, 1945.

Relatório do Inquérito da Comissão Europeia ao Sector Farmacêutico, consultado em 21.05.2019, disponível em http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_pt.pdf.

Reunião Plenária da AR n.º 116, Diário da AR, I Série de 30.07.2013, págs. 5-11, e 16-20, consultado em 21.05.2019, disponível em <http://app.parlamento.pt/darpages/dardoc.aspx?doc=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a79394551564a4a4c305242556b6c42636e463161585a764c7a497577716f6c4d6a42545a584e7a77364e764a5449775447566e61584e7359585270646d4576524546534c556b744d5445324c6e426b5a673d3d&nome=DAR-I-116.pdf>.

Robert, Jean, *Arbitrage civil et commercial, droit interne et droit international prive suivi de formules pratiques*, Quatrième Edition, Paris, Librairie Dalloz, 1967.

Salvador, João Carlos de Figueiredo Ascenso, *A Arbitragem Institucionalizada na Acção Executiva: A Imposição da Arbitragem a Terceiros*, Dissertação de Mestrado na Especialização de Justiça Alternativa, Instituto Superior Bissaya Barreto, julho de 2011, págs. 78 e seguintes, consultado 23.10.2019, disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/29103/1/A%20Arbitragem%20Institucionalizada%20na%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20Educativa....pdf>.

Silva, Artur Flaminio da, *A Arbitragem Desportiva em Portugal: Uma Realidade Sem Futuro?*, in Desporto & Direito, Revista Jurídica do Desporto, ISSN 1645-8206, Ano X – n.º 28 – setembro/dezembro 2012, Coimbra, Coimbra Editora, Depósito Legal n.º 200339/03, págs. 61 a 85.

Silva, Artur Flaminio da, e Daniela Mirante, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto – Anotado e Comentado*, Petrony Editora, 2016, Depósito Legal n.º 408529/16, ISBN 978-972-685-227-8.

Silva, Artur Flaminio da, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal – Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2017, Depósito Legal n.º 428649/17, ISBN 978-972-40-7063-6.

Silva, Paula Costa, *A Execução em Portugal de Decisões Arbitrais Nacionais e Estrangeiras*, in Revista da Ordem dos Advogados, ISSN 0870-8118, Volume II, Ano 67, Lisboa, setembro 2007, Depósito Legal n.º 124011/98, págs. 629 a 682.

Silva, Paula Costa, *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009, ISBN 9789723217513.

Teles, Miguel Galvão, *A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume III, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 252 a 283, ISBN 978-972-40-4320-3.

Teles, Miguel Galvão, *Recurso para Tribunal Constitucional das Decisões dos Tribunais Arbitrais*, in Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume I, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, págs. 637 a 655.

Vicente, Dário Moura, *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*, Lisboa, Coimbra Editora, 1990, Depósito Legal n.º 41183/90, ISBN 978-972-32-04444-4.

Vicente, Dário Moura, *O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (lei n.º 62/2011)*, in Revista da Ordem dos Advogados, ISSN 0870-8118, A. 72, n.º 4 (outubro – novembro 2012), Lisboa, págs. 971 a 990.

Vieira, José Alberto, *A Competência do Tribunal Arbitral Necessário para Apreciar a Exceção de Invalidade da Patente Registada*, in Revista de Direito Intelectual, n.º 2/2015, Almedina, págs. 195 a 246, Depósito Legal n.º 378206/14, ISBN 978-020-23-2587-3.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 230/86, de 8 de julho, Processo n.º 178/84, Plenário, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, *in* DR n.º 210, I Série, de 12.09.1986, págs. 2540-2546, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 289/86, de 29 de outubro, Processo n.º 3/85, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, *in* DR n.º 5, II Série de 07.01.1987, págs. 234-238, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 32/87, de 28 de janeiro, 2.ª Secção, Processo n.º 30/85, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, *in* DR n.º 81, II Série de 7.04.1987, págs. 4446–4453, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 59/87, de 11 de fevereiro, Processo n.º 31/85, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida, *in* DR n.º 88, II Série de 15.04.1987, págs. 4854-4855, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 86/87, de 25 de fevereiro, 2.ª Secção, Processo n.º 26/85, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, *in* DR, II Série de 16.04.1987, págs. 4931–4934, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 93/87, de 11 de março, Processo n.º 66/85, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, *in* DR n.º 105, II Série de 08.05.1987, págs. 5904-5907, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 94/87, de 13 de março, Processo n.º 67/85, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca, *in* DR n.º 109, II Série de 13.05.1987, págs. 6069-6072, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 33/88, de 2 de fevereiro, Processo n.º 300/87, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida, *in* DR n.º 43, I Série de 22.02.1988, págs. 593-597, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 135/88, de 16 de junho, Processo n.º 137/87, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, *in* DR n.º 208, II Série de 08.09.1988, págs. 8254-8256, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 413/89, de 31 de maio, Processo n.º 142/88, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, *in* DR n.º 213, II Série de 15.09.1989, págs. 9244-9248, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 52/92, de 5 de fevereiro, Processo n.º 10/89, Plenário, Relatora: Conselheira Assunção Esteves, *in* DR n.º 62, I-A Série de 14.03.1992, págs. 1315-1321, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 33/96, de 17 de janeiro, Processo n.º 789/92, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, *in* DR n.º 102, II Série de 02.05.1996, págs. 5858-5863, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 250/96, de 29 de fevereiro, Processo n.º 194/92, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma, *in* DR n.º 107, II Série de 08.05.1996, págs. 6147-6148, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 506/96, de 21 de março, Processo n.º 137/93, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma, *in* DR n.º 154, II Série de 5.07.1996, págs. 9055-9057, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 489/97, de 2 de julho, Processo n.º 863/96, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, *in* DR I Série de 18.10.1997, págs. 12860-12861, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 114/98, de 4 de fevereiro, Plenário, Processo n.º 529/97, Relator: Conselheiro Ribeiro Mendes, *in* DR n.º 61, I-A Série de 13.03.1998, págs. 983-985, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 70/2000, de 9 de fevereiro, Processo n.º 477/99, 3.ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, *in* DR n.º 284, II Série de 11.12.2000, págs. 19808-19811, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 247/2002, de 4 de junho, Processo n.º 20/01, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca, *in* DR n.º 167, II Série de 22.07.2002, págs. 12808-12809, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 658/2006, 28 de novembro, Processo n.º 292/06, 2.ª Secção, relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, *in* DR n.º 84, II Série de 09.01.2007, págs. 534-539, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 178/2007, de 8 de março, processo n.º 1010/06, 2.ª Secção, relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues, *in* DR n.º 84, II Série de 02.05.2007, págs. 11357-11363, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 311/2008, de 30 de maio, Processo n.º 753/07, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, *in* DR n.º 148, II Série de 01.08.2008, págs. 34401-34405, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 2/2013, de 9 de janeiro, Processo n.º 478/12, 3.ª Secção, Relator: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, *in* DR n.º 31, II Série de 13.02.2013, págs. 6265-6276, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 230/2013, de 24 de abril, Processo n.º 279/2013, Plenário, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, *in* DR n.º 89, I Série de 09.05.2013, págs. 2782-2797, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 781/2013, de 20 de novembro, Processo n.º 916/13, Plenário, Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, *in* DR n.º 243, I Série de 16.12.2013, págs. 6807-6821, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 123/2015, de 12 de fevereiro, Processo n.º 763/13, 3.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, *in* DR n.º 130, II Série de 07.07.2015, págs. 18143-18166, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 102/2016, de 23 de fevereiro, Processo n.º 676/15, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro João Pedro Caupers, *in* DR n.º 61, II Série de 29.03.2016, págs. 10591-10595, consultado em 21.05.2019, disponível em www.dre.pt.

Acórdão n.º 251/2017, de 24 de maio, Processo n.º 297/16, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170251.html>, versão oficial consultada na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional.

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 03.10.2013, Processo n.º 1244/13, 1.ª Secção, Relator: Conselheiro Rosendo José, consultado em 21.05.2019, disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/82a2ab6ecfcdd28580257c050054ed92?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

Tribunal Central Administrativo Norte

Acórdão de 12.06.2019, Processo n.º 00579/16.5BECBR, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator: Desembargador Frederico Macedo Branco, consultado em 26.06.2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/c12e624abdd9e8b48025841d003bb32e?OpenDocument&Highlight=0,apoio,judici%C3%A1rio,arbitral>

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão n.º 1/2011, de 16 de dezembro de 2010, Processo n.º 966/08.2GBMFR.L1-A.S1, 5.ª Secção, Relatora: Conselheira Isabel Pais Martins, disponível em DR n.º 18, I Série de 26.01.2011, págs. 529-549, consultado em 21.05.2019, in www.dre.pt.

Acórdão n.º 2/2013, de 9 de janeiro, Processo n.º 771/12, 1.ª Secção, disponível em DR n.º 20, I Série de 29.01.2013, págs. 571-582, consultado em 21.05.2019, in www.dre.pt.

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 13.02.2014, Processo n.º 1053/13.7YRLSB-2, Relator: Desembargador Jorge Leal, consultado em 21.05.2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7acbd9bdc09795ef80257c84004c2e03?OpenDocument>.

Acórdão de 13.01.2015, Processo n.º 1356/13.0YRLSB.L1-7, Relatora: Desembargadora Rosa Ribeiro Coelho, consultado em 21.05.2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/07ed2d8d45aa5a6480257ee6003c79bc?OpenDocument>.

Índice

Agradecimentos	1
Abreviaturas	2
Resumo	4
Abstract	6
Introdução	8
1. Arbitragem	12
1.1. Arbitragem voluntária e arbitragem necessária	14
1.2. Arbitragem necessária como “ <i>arbitragem aparente</i> ”	16
2. Consagração constitucional dos tribunais arbitrais	20
3. Consagração legal dos tribunais arbitrais	26
4. (In)admissibilidade constitucional da arbitragem necessária	31
4.1. Inconstitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários	31
4.2. Constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários, com controlo de mérito pelos tribunais estaduais	35
4.3. Equivalência entre tribunais arbitrais necessários e os tribunais estaduais	40
4.4. Posição adotada	44
5. Competência legislativa para a criação de tribunais arbitrais	46
5.1. Inclusão das regras sobre organização e competência dos tribunais arbitrais na reserva parlamentar	46
a) Tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais	48
b) Tese gradualista e tese expansiva ou formalista	52
i) Tese gradualista	53

ii) Tese expansiva ou formalista _____	55
c) Posição adotada _____	58
5.2. Inclusão do ato de criação de um tribunal arbitral na reserva parlamentar _____	60
a) Posição adotada _____	66
6. Direito de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva _____	68
6.1. Regime de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos _____	70
a) Regime jurídico da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, versão originária _____	71
b) Proibição de indefesa _____	75
c) Exiguidade do prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011 _____	84
d) Efeito decorrente do incumprimento do prazo previsto no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011 _____	89
i. Prazo meramente ordenador ou prazo de caducidade para exercício do direito de ação _____	90
ii. Tutela do direito de propriedade industrial através de ação arbitral geral ou comum _____	95
iii. Tutela do direito de propriedade industrial através de ação judicial _____	96
6.2. (Ir)recorribilidade da decisão de fundo ou daquela que ponha termo à causa para os tribunais estaduais – TAD _____	99
6.2.1. Irrecorribilidade das decisões do TAD para os tribunais estaduais – Decreto da AR n.º 128/XII _____	101
a) Acórdão do TC n.º 230/2013, de 24 de abril _____	103
i. Poderes públicos das federações desportivas _____	106
ii. Sujeição à jurisdição estadual _____	107
iii. Princípio da proporcionalidade _____	114
6.2.2. Recorribilidade das decisões arbitrais em casos excecionais – Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro _____	116
a) Acórdão do TC n.º 781/2013, de 20 de novembro _____	119
6.3. Independência e imparcialidade no julgamento _____	124
6.3.1. TAD _____	126
a) Processo de estabelecimento da lista de árbitros _____	126
b) Processo de nomeação dos árbitros _____	130

c) Qualificação dos árbitros _____	132
6.3.2. Comissão Arbitral prevista nas CGVEEAT _____	134
7. Princípio da igualdade _____	138
Conclusão _____	143
Bibliografia _____	153
Jurisprudência _____	163